Sygn. akt: KIO 272/19

WYROK
z dnia 4 marca 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie
przy udziale wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 272/18 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji"* tj. oferty wykonawcy TPF spółka
   z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
   Nakazuje Zamawiającemu wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14*
   w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z. tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Zamawiającego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie BBC Best Building Consultants spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Ł. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł. Z. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt: KIO 272/19

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa południe spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2018 roku pod numerem 2018/S 199-451618.

15 lutego 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14*
w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „TPF") z postępowania pomimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu - wprowadzenie Zamawiającego w błąd dotyczy informacji wskazanych przez TPF odnośnie projektanta w specjalności architektonicznej (Pani I. L.) i projektanta w

specjalności konstrukcyjno - budowlanej (Pan W. R.);
ewentualnie
2)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia wykonawcy TPF, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganą zdolnością techniczną lub zawodową (osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w zakresie projektanta w specjalności architektonicznej (Pani I. L.) i projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej (Pan W. R.);
ewentualnie
3)art. 26 ust. 3 i 4 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania TPF do uzupełnienia (lub ewentualnie wyjaśnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - wykaz usług, wykaz osób (w przypadku nieuwzględnienia zarzutów związanych z wykluczeniem TPF z postępowania).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:
–unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
–dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
–wykluczenia TPF z postępowania,
–w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia TPF z postępowania wezwania TPF do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez ww. wykonawcę wymaganej w postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej,
–dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ, jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego wykonawca TPF zostałby wykluczony z postępowania lub wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, natomiast oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zarzuty dotyczące wykazu osób:

Zgodnie z pkt VIII ppkt 3.2) SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy spełniający następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej:

2) wykonawca winien dysponować osobami, które zgodnie z wymogami art. 12 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) czy odpowiednim wcześniejszym przepisom lub uprawnienia zagraniczne równoważne, uznane i na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (...) mogą pełnić samodzielną funkcją techniczną w budownictwie obejmującą projektowanie w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. posiadają uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalnościach:

a)architektonicznej;
b)konstrukcyjno-budowlanej;
c)instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych;
d) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;
e)telekomunikacyjnej;
f)drogowej;

- w tym projektanci w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno- budowlanej muszą posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie projektowania (wymiar wymaganego doświadczenia dotyczy okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu przez niego przedmiotowych uprawnień budowlanych do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie). Każdy z nich - jako główny projektant w swojej specjalności - winien w tym okresie opracować co najmniej jeden projekt budowlany budowy, przebudowy lub remontu kapitalnego budynku mieszkalnego wielorodzinnego z lokalami użytkowymi lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej co najmniej 5000 m2:
oraz
co najmniej jeden projekt budowlany remontu kapitalnego (wraz z wymianą stropów) lub przebudowy (wraz z wymianą stropów) budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 5000 m2, wpisanego do rejestru zabytków (...)
Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w wykazie osób (złożonym na wezwanie Zamawiającego) imion i nazwisk osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia wraz z informacją o kwalifikacjach zawodowych, wykształceniu i doświadczeniu tych osób.

Odwołujący wskazał, że z dokumentacji postępowania wynika, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy TPF złożył Zamawiającemu wykaz osób, który nie spełnia sformułowanego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w dniu 28 grudnia 2018 r. wezwał TPF na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu wykazu osób, wskazując, że:
a)Wykonawca w złożonym w dniu 24 grudnia 2018 r. dokumencie nie wskazał osoby posiadającej uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej - TPF w złożonym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy wykazie nie wskazał jakiejkolwiek osoby na przedmiotowe stanowisko,
b)Osoba posiadająca uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej (Pan Z. T.) nie spełnia warunku w zakresie doświadczenia zawodowego (żaden ze wskazanych jako doświadczenie projektów nie obejmował projektu budowlanego remontu kapitalnego (wraz z wymianą stropów) lub przebudowy (wraz z wymianą stropów) budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej, budynku wpisanego do rejestru zabytków o powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m^2.
W dniu 31 grudnia 2018 r. TPF uzupełnił wykaz osób, w którym jako osobę projektanta posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej wskazano Panią I. L. (zamiast Pana Z. T.),

jak również jako osobę projektanta posiadającego uprawnienia w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wskazano Pana W. R. Doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dla ww. osób zostało opisane w sposób analogiczny i dotyczy następujących projektów:
a)„Projekt budowlany przebudowy (wraz z wymianą stropów) Hotelu Król Kazimierz - Kazimierz Dolny - budynek zamieszkania zbiorowego o pow. użytkowej ponad 5 000 m^2, wpisany do rejestru zabytków,
b)„Projekt budowlany rozbudowy i przebudowy hotelu Airport Okęcie w Warszawie - budynek zamieszkania zbiorowego w pow. użytkowej ponad 5 000 m^2".
Odwołujący podał, że z informacji posiadanych przez niego wynika, że Hotel Król Kazimierz wbrew oświadczeniu złożonemu wprost w wykazie i jasnemu wymaganiu określonemu
w dokumentacji przetargowej nie jest budynkiem wpisanym do rejestru zabytków. Informacja zawarta w tym zakresie w treści uzupełnionego wykazu osób jest niezgodna za stanem rzeczywistym.
Odwołujący podał, że profesjonalny charakter działalności wykonawcy TPF wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania przez wskazane w wykazie osoby projektanta specjalności architektonicznej i projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy). Z treści wykazu wynika, że wskazane w uzupełnionym wykazie osoby stanowią zasób własny wykonawcy TPF w związku z czym, należy przyjąć, że wykonawca posiadał
w odniesieniu do doświadczenia tych osób pełne informacje. W tym przypadku, podanie
w wykazie osób informacji niezgodnych ze stanem faktycznym powinno skutkować wykluczeniem TPF z postępowania. Nawet jeśli uznać, że wykonawca opierał się na informacjach o zdobytym doświadczeniu przekazanych mu przez osoby wpisane do wykazu, to nie zwalnia TPF z obowiązku weryfikacji rzetelności przekazanych mu informacji. Z całą pewnością działanie TPF wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. również wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).
Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, powodując konieczność wykluczenia wykonawcy TPF z postępowania, bez możliwości wezwania go do uzupełnienia nieprawdziwych informacji przedstawionych Zamawiającemu. Odwołujący wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt *sygn. akt KIO 596/18 oraz sygn. akt KIO 1319/18.*

Odwołujący, jak argumentował z ostrożności podniósł, że w przypadku braku podzielenia przez Izbę argumentacji dotyczącej zasadności wykluczenia TPF z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy, w okolicznościach opisanych powyżej konieczne jest wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem TPF nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Podkreślenia wymaga, że TPF uzupełnił wykaz osób w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy i w odniesieniu
do kwestionowanego w niniejszym odwołaniu doświadczenia osób TPF wskazał
w uzupełnionym dokumencie zupełnie nową osobę projektanta specjalności konstrukcyjno - budowlanej (w pierwotnie złożonym wykazie osób TPF nie wskazał jakiejkolwiek osoby
na ww. stanowisko) oraz zmienił osobę wskazaną w pierwotnie złożonym wykazie
w odniesieniu do projektanta w specjalności architektonicznej z uwagi na brak wymaganego doświadczenia przez osobę pierwotnie powołaną w wykazie (w nowym wykazie została wskazana Pani I. L. zamiast Pana Z. T.). TPF wykorzystał zatem szansę na uzupełnienie dokumentów, a tym samym wykazanie, że posiadany przez ten podmiot potencjał kadrowy spełnia warunek udziału w postępowaniu sformułowany przez Zamawiającego. Z uwagi na jednokrotność możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy brak jest zatem podstaw do kierowania w tym zakresie kolejnego wezwania w tym samym trybie w odniesieniu o tych samych osób. Działanie takie stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i prowadziłoby do możliwości wielokrotnego uzupełniania dokumentów w odniesieniu do tych samych osób.
Odwołujący podniósł również brak potwierdzenia spełniania warunku udziału
#x200ew postępowaniu w odniesieniu do osób projektanta specjalności architektonicznej
#x200ei projektanta w specjalności konstrukcyjno - budowlanej w zakresie, w jakim TPF w złożonym Zamawiającemu wykazie nie określił, czy Pani I. L. i Pan W. R. posiadają co najmniej 5 - letnie doświadczenie zawodowe zdobyte po uzyskaniu uprawnień.
#x200eW złożonym przez TPF wykazie znajduje się wyłącznie informacja o roku, w którym ww. osoby uzyskały uprawnienia (1990 r.) jednak nie jest to równoznaczne z okresem posiadanego przez tego osoby doświadczenia zdobytego przy projektowaniu w ramach konkretnych projektów. Zgodnie ze sformułowanym przez Zamawiającego warunkiem doświadczenie powinno dotyczyć okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu uprawnień. Podanie daty uzyskania uprawnień nie oznacza, że osoby te po uzyskaniu przedmiotowych uprawnień prowadziły działalność projektową. Sposób, w jaki TPF sformułował wykaz w tym zakresie nie daje podstaw do prawidłowej weryfikacji Zamawiającemu czy osoby skierowane do realizacji zamówienia przez wykonawcę spełniają minimalne wymaganie postawione w SIWZ. W ocenie Odwołującego, TPF powinien również podać konkretne daty (miesiąc-rok), nazwy projektów/inwestycji oraz ich odbiorców, przy których osoby wskazane w wykazie nabywały doświadczenie zawodowe - tylko tak określone informacje co do doświadczenia osób umożliwiają rzeczywistą weryfikację czy TPF spełnia postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Odwołujący wskazał orzeczenie sygn. akt KIO 1687/13. Jeżeli Izba uznałaby, że TPF nie podlega wykluczeniu, to zasadne będzie wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wykazu o informacje dotyczącą 5- letniego doświadczenia ww. osób (lub co najmniej wyjaśnienia tej kwestii w trybie art. 26 ust. 4 ustawy).
Zarzuty dotyczące wykazu usług.
Odwołujący podniósł, na wypadek braku uwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia TPF z postępowania że ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do wymaganego doświadczenia. Zgodnie z pkt VIII ppkt 3.1) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia:

1)wykonawca winien wykonać w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie:

a)co najmniej dwa projekty budowlane i wykonawcze (obejmujące: kosztorysy inwestorskie i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót), dla których następnie uzyskano pozwolenia na budowę, dotyczące przebudowy, rozbudowy lub remontu (wraz z wymianą stropów) budynków wpisanych do rejestru zabytków (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) o powierzchni użytkowej co najmniej 5000 m2 oraz

b)co najmniej jeden projekt budowlany i wykonawczy (obejmujący: kosztorysy inwestorskie i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót), dla którego następnie uzyskano pozwolenie na budowę; budowy, przebudowy lub remontu (wraz z wymianą stropów) budynku mieszkalnego wielorodzinnego z lokalami użytkowymi lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej co najmniej 5 000 m2;

- w tym co najmniej jeden projekt budowlany i wykonawczy wykazany w lit. a lub b musi obejmować wzmocnienie fundamentów istniejącego budynku.

Spełnienie ww. warunku Zamawiający oceniał będzie na podstawie wykazu usług (sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5do SIWZ), złożonego na wezwanie zamawiającego z załączeniem dowodów.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy TPF przedłożył wykaz usług, w którym zostały wskazane trzy zamówienia:

a)Gładysze sp. z o.o. - Projekt budowlany i wykonawczy" Odbudowa, przebudowa i rozbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania budynku pałacu z przeznaczeniem na cele mieszkalno - hotelowe i muzealne, czworaków na cele gastronomiczne, konferencyjne i mieszkalno - hotelowe z budową drogi wewnętrznej, parkingów, dwóch zbiorników na nieczystości ciekłe oraz zewn. i wew. instalacji gazowej, usytuowanego w Gładyszach. Projekt obejmował wzmocnienie fundamentów - projekt wykonany przez Decorum Architekci sp. z o.o.,

b)PKP S.A.- Opracowanie dokumentacji przedprojektowej, okołoprojektowej oraz projektu budowlanego i wykonawczego branż architektonicznej, konstrukcyjnej, instalacji (sanitarnej, HVAC, elektrycznej i teletechnicznej) oraz drogowej dla realizacji zadania pn. "Przebudowa dworca kolejowego Olsztynek- projekt wykonany przez konsorcjum TPF sp. z o.o. i Decorum Architekci sp. z o.o.,

c)Bouygues Immobilier Polska sp. z o.o. -Projekt budowlany i wykonawczy: Zespół budynków mieszkalnych wielorodzinnych z usługami w parterze, garażem podziemnym, infrastrukturą techniczną i drogą wewnętrzną przy ulicy Stalowej i Czynszowej w Warszawie - projekt wykonany przez Decorum Architekci sp. z o.o..

*Odwołujący wskazał, że o*pis zakresu wykonanej dokumentacji projektowej wskazany w wykazie usług TPF nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego. Z opisu zamieszczonego dla przedmiotowych projektów nie wynika w żaden sposób, że obejmowały one *"kosztorysy inwestorskie i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót".* Treść warunku udziału w postępowaniu nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych - Zamawiający żądał, aby w zakres projektów budowlanych i wykonawczych wchodziło wykonanie zarówno kosztorysów inwestorskich, jak i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Brak wskazania w treści wykazu na dokładny zakres wykonanych dokumentacji projektowych powoduje, że TPF nie wykazał, że posiada wymagane w treści SIWZ doświadczenie. Należy wskazać, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie jest okolicznością, którą należy domniemywać, a to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że posiada wymagane w postępowaniu zdolności techniczne i zawodowe.

Niezależnie od powyższego, wedle najlepszej wiedzy Odwołującego usługi wskazane w poz. 1 i 3 wykazu usług nie obejmowały w ogóle wykonania specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót jest odrębnym dokumentem stanowiącym opracowanie zawierające w szczególności zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót - por. §12 rozporządzenia ministra infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (t.j. z dnia 10 maja 2013 r. Dz. U. z 2013 r., poz. 1129). Brak wykonania w ramach wskazanych powyżej pozycji wykazu usług wymaganych dokumentów potwierdza, że wykonawca TPF nie legitymuje się doświadczeniem określonym w SIWZ.

W związku z powyższym, wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub ewentualnie do ich wyjaśnienia na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy jest konieczne i uzasadnione (w przypadku braku uwzględnienia zarzutów związanych z wykluczeniem TPF z postępowania).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 lutego 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy– *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o*

udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zostało uwzględnione.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; e*i incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego
to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert
i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (…)*

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej,
w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku *w sprawie regulaminu postępowania przy* rozpoznawaniu (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu, jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 27 lutego 2019 roku *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 – pismo z dnia 14 lutego 2019 roku Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków podpisane przez Lubelskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków,
- dowód nr 2 – Obwieszczenie nr 1/2019 Lubelskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Lublinie (Dziennik Urzędowy Województwa Lubelskiego z 14 stycznia 2019 poz. 305) – wyciąg,
- dowód nr 3 – pismo z dnia 11 lutego 2019 roku skierowane przez Odwołującego do firmy Gładysze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wraz z odpowiedzią (email) z dnia 13 lutego 2019 roku.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego odzwierciedla czynności dokonywane w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, jak również odzwierciedla postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ). Izba w uzupełnieniu dodaje, że w wyniku wezwania z dnia 28 grudnia 2019 roku skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wykonawcy TPF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: TPF), wykonawca ten w dniu 31 grudnia 2019 roku przedstawił również Wykaz usług wraz z argumentacją zawartą w ww. piśmie.

Izba zważyła:

W pierwszej kolejności Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego
o oddalenie odwołania w całości bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania z uwagi na brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania – odwołujący nie jest związany złożoną przez siebie ofertą.

Izba wskazuje, że w zakresie merytorycznej oceny odwołania, w pierwszej kolejności ocenie podlega spełnienie łączenie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym to przepisem – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przepisie tym określono zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić Odwołujący. Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – ilekroć w ustawie jest mowa o: (…) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak wiec, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego,
nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Tak więc, warunkiem *sine qua non* uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz

nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności np. skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek. Ocenie podlega zatem spełnienie przez Odwołującego przesłanek posiadania interesu
w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Jednakże aby możliwe było dokonanie oceny spełnienia tych przesłanek Odwołujący winien się do nich odnieść w odwołaniu, w jego uzasadnieniu. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu danego zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego zamówienia, a interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznanym przez wykonawcę uszczerbkiem interesu własnego w uzyskaniu zamówienia
w danym postępowaniu w wyniku naruszenia przepisów ustawy. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany
w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, że szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.
Wykonawca składający odwołanie, aby możliwa była ocena spełnienia ww. przesłanek, musi jednoznacznie wyartykułować je w odwołaniu, wykazać ich zaistnienie. Ocena spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w postępowaniu odwoławczym dokonywana jest przez Izbę na podstawie informacji przedstawionych w odwołaniu przez Odwołującego. Materialno prawny charakter przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w postępowaniu odwoławczym, w przypadku, gdy nie zostały przesłanki te wykazane przez Odwołującego, uniemożliwia dokonanie oceny spełnienia tych przesłanek przez Izbę, a co za tym idzie skutkuje oddaleniem odwołania.
W odniesieniu do argumentacji zawartej w piśmie procesowym Zamawiającego oraz argumentacji zgłoszonej i przedstawionej na posiedzeniu z udziałem stron przedstawionych przez Zamawiającego, a dotyczących podstaw oddalenie odwołania z uwagi na brak związania oferty Odwołującego terminem związania ofertą Izba uznała, że podstawy
do oddalenia odwołania w oparciu o tą argumentację nie zaistniały.
Izba zaznacza, że oferta Odwołującego, zgodnie z informacjami pochodzącymi
z dokumentacji postępowania i wskazanymi przez Zamawiającego – ustalonymi przez Izbę jedynie na potrzeby rozpoznania wniosku o oddalenie odwołania z uwagi na niemożliwość wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia bądź poniesienia szkody z powodu braku związania oferty Odwołującego terminem związania ofertą – jest ofertą, która nie została przez Zamawiającego odrzucona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Działania jakie może podejmować Zamawiający w postępowaniu
o udzielenie zamówienia publicznego, czyli działania przyszłe nieznane na moment wyrokowania w tym konkretnym postępowaniu odwoławczym wywołanym odwołaniem z dnia 15 lutego 2019 roku, nie mogą stanowić podstawy do pozytywnego rozpoznania wniosków zgłaszanych w tym postępowaniu odwoławczym. Uzasadnienie Zamawiającego zawarte
w piśmie procesowym jest niespójne z faktycznie podejmowanymi czynnościami
w postępowaniu odwoławczym, bowiem wskazuje Zamawiający, że termin związania ofertą wykonawcy Odwołującego upłynął w dniu 18 stycznia 2019 roku jednocześnie
w uzewnętrznionej czynności z dnia 5 lutego 2019 roku w stosunku do tego wykonawcy
nie podejmuje żadnych czynności. Izba dokonuje oceny działań Zamawiającego,
nie podejmuje jednakże czynności zastępujących działania Zamawiającego, a do tego sprowadzałoby się rozpoznanie ww. wniosku o oddalenie odwołania. Każda czynność Zamawiającego w stosunku do oferty wykonawcy podlegać może ocenie, również
i ta czynność związana z oceną tej oferty w pryzmacie terminu związania ofertą. Jednakże uprzednio takich czynności musi dokonać Zamawiający, bowiem regulacje ustawowe
(art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy) nakładają na Zamawiającego dokonywanie określonych czynności w postępowaniu w odniesieniu do złożony ofert.
Izba wskazuje również, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej niedopuszczalna jest eliminacja z postępowania wykonawcy, również odrzucenie jego oferty w przypadku, gdy z przepisów prawa krajowego lub dokumentacji przetargowej nie wynika taka podstawa wyraźnie. Wykładnia ustawy lub dokumentacji przetargowej, jak również uzupełnienie luk dokumentacji i dokonywane wykluczenie wykonawcy, lub odrzucenie oferty w oparciu o te wykładnie sprzeciwia się zasadzie równego traktowania i przejrzystości postępowania (Postanowienie Trybunału z dnia 13 lipca 2017 roku w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. przeciwko Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu).

W zakresie zarzutów odwołanie dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy TPF z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba zważyła:
Na wstępie Izba wskazuje, za ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem, że dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy muszą zajść następujące przesłanki,
a mianowicie (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (2) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, (3) błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Natomiast regulację art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy można skutecznie zastosować, gdy wypełnione zostaną kumulatywnie następujące przesłanki, a mianowicie doszło do: (1) przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością, (2) informacja ma mieć istotny wpływ
na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, (3) informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego, a (4) przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wskazane przesłanki muszą być stosowane łącznie, a niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że Zamawiający nie stosując art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy nie naruszył tej ustawy. (podobnie: wyrok KIO 348/17, wyrok KIO 2736/17,

Wyrok KIO 836/17, wyrok KIO 1058/17, wyrok KIO 1257/17).
Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku zarówno podstawy wykluczenia z punktu 16 jak i 17 ustawy. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego, którego treść pozostaje
w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17).
W orzecznictwie Izby ugruntowane jest stanowisko w zakresie tego co powinno być traktowane jako informacja nieprawdziwa, niezgodna z rzeczywistością (porównaj wyrok KIO 1633/11). Dla oceny czy mamy do czynienie z informacją niezgodną z rzeczywistością, która to, jak przed nowelizacją ustawy z 22 czerwca 2016 roku, „informacja nieprawdziwa”
(w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy sprzed nowelizacji) nie ma definicji legalnej zawartej w ustawie pomocne jest orzecznictwo sądowe. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99 (za sądem apelacyjnym), czytamy, iż pojęcie "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego, we wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"), co odpowiada - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy
i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.
Zaznaczenia wymaga, że podanie informacji niezgodnych z rzeczywistością odpowiada podaniu informacji nieprawdziwych, chodzi tym samym o obiektywną niezgodność treści podanego oświadczenia z rzeczywistością. Informacje podawane w postępowaniu
o udzielenie zamówienie publicznego stanowią oświadczenia wiedzy składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego należy oceniać
w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku
z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania
z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany
na poziomie obowiązków nie dających się wyegzekwować, oderwanych od doświadczeń
i konkretnych okoliczności”. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Uwzględniając cywilistyczny kontekst oceny czynności wykonawcy w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powyższa argumentacja musi być uwzględniona przy ocenie spełnienia kolejnej z przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy. Izba wskazuje, że stwierdzenie niedbalstwa danej osoby 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 wyrok Sąd Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany
w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku Odwołujący powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji.
Przedstawione przez ETP informacja w *Wykazie osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, którego przedmiotem jest (…)* (dalej: Wykaz), uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w obliczu zgromadzonego w postępowaniu materiału dowodowego, stanowią informację nieprawdziwą. Wskazane w ww. wykazie doświadczenie Pani I. L. – projektant w specjalności architektonicznej oraz Pana W. R. – projektant
w specjalności konstrukcyjno - budowlanej na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w co najmniej jednym projekcie budowlanym remontu kapitalnego (wraz z wymianą stropów) lub przebudowy (wraz z wymianą stropów) budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 5000 m2, wpisanego
do rejestru zabytków tj. *Projektu budowlanego przebudowy (wraz z wymianą stropów) Hotelu Król Kazimierz - Kazimierz Dolny - budynek zamieszkania zbiorowego o pow. użytkowej ponad 5 000 m^2, wpisany do rejestru zabytków,* stanowi przedstawienie przez wykonawcę informacji nieprawdziwej.
Izba wskazuje, że treść ukształtowanego przez Zamawiającego warunku udziału
w postępowaniu była jednoznaczna, natomiast stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym jak również w trakcie rozprawy, w ocenie Izby, stanowi nieuprawnioną wykładanie rozszerzającą. Izba zaznacza, że

doświadczenie jakiego oczekiwał Zamawiający zgodnie z treścią warunku dotyczyła jednoznacznie projektu budowlanego remontu kapitalnego lub przebudowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej wpisanego
do rejestru zabytków. Tym samym to budynek miał być wpisany do rejestru zabytków. Niedopuszczalnym jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek wykładni warunków, należy bowiem pamiętać, że ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływa na innych wykonawców biorących udział
w postępowaniu.
Budynek, Hotel Król Kazimierz (adres: ul. Puławska 86, Kazimierz Dolny), zgodnie
z informacją wynikającą z dowodu nr 1 „nie został wpisany do rejestru zabytków.
W odniesieniu do nieruchomości na których położony jest ww. hotel (ani ich części składowych) aktualnie nie jest planowane ani prowadzone postępowanie administracyjne
w sprawie wpisu do rejestru zabytków". Podkreślenia wymaga, że informacja ta pochodzi
od Lubelskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Zestawiając zatem informację jaka wynika z wyżej wymienionego dokumentu oraz treść warunku jakiego wykazania żądał Zmawiający, stwierdzić należy, że warunek nie został wykazany, a na potwierdzenie jego spełnienia została przedstawiona informacja nieprawdziwa. W ocenie Izby niespornym było między stronami postępowania – co wynika z argumentacji na rozprawie i pisma Zamawiającego oraz z argumentacji Odwołującego popartej dowodem nr 2, że Kazimierz Dolny stanowi „zespół urbanistyczno - architektoniczno - krajobrazowy miasta Kazimierza Dolnego wraz ze wszystkimi placami, ulicami, drogami, budynkami murowanymi
i drewnianymi (w tym: willa z ogrodem – ul. Zamkowa 8 i ruiny willi tzw. Szukalskiego
na wzgórzu Albrechtówka – Męćmierz Okale – Okale) ruinami – wąwozami i drzewostanem w granicach określonych na załączonym planie, załącz." – pozycja 403 wykazu zabytków wpisanych do rejestru „A" zabytków nieruchomych województwa lubelskiego. Jednocześnie w ww. wykazie zabytków nie znajduje się Hotel Król Kazimierzul. Puławska 86, Kazimierz Dolny – co oznacza, zgodnie z informacją wynikającą z dowodu nr 1, że ww. budynek Hotel Król Kazimierz nie został indywidualnie wpisany do rejestru zabytków. W wyroku z dnia 7 marca 2018 roku Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że *Wpisanie do rejestru zabytków układu urbanistycznego lub zespołu budowlanego oznacza, że ochronie podlega cały zespół budynków czy układ urbanistyczny, w tym budynki znajdujące się w tym zespole budynków lub układzie urbanistycznym, lecz jako elementy tego zespołu lub układu. Aby dany budynek podlegał odrębnej ochronie musiałby być indywidualnie wpisany do rejestru zabytków. (sygn. akt II OSK 1187/16).* Natomiast w wyroku z dnia 7 marca 2018 roku sygn. akt VII SA/Wa 1262/17 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie uzasadnił, że e *w ramach układu urbanistycznego i zespołu budowlanego, ochronie konserwatorskiej podlega historyczne rozplanowanie oraz kompozycja przestrzenna zespołu, relacje pomiędzy powierzchnią zabudowaną oraz zielenią, gabaryty budowli, a także wygląd ich elewacji.* Tym samym, gdyby Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu dopuścił wykazanie się przez projektanta doświadczeniem wykonania co najmniej jednego projektu budowlanego remontu kapitalnego lub przebudowy budynku mieszkalnego wielorodzinnego, budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków
lub wchodzącego w skład zespołu urbanistycznego- to dokonana ocena przez Zamawiającego byłaby prawidłowa. Jednakże Zamawiający warunku tak nie ukształtował,
a dokonana przez niego ocena stanowiła nadinterpretację warunku. *Inny jest oczywiście zakres takiej ochrony jako elementu układu urbanistycznego, niż w przypadku indywidualnego wpisu budynku do rejestru zabytków* (wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 18 kwietnia 2018 roku sygn. akt II OSK 2684/18).
W rozpoznawanej sprawie Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy TPF, tym samym u Zamawiającego powstało zatem przekonanie, wyobrażenie o wykazaniu przez TPF warunków udziału w postępowaniu, czego właśnie efektem jest dokonanie wyboru oferty tego właśnie wykonawcy. Przedstawiona przez ETP informacja w *Wykazie* wprowadziła
w błąd Zamawiającego – w ocenie Izby niezależenie od przedstawionej na rozprawie przez Zamawiającego rozszerzającej interpretacji sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem ocena odnoszona jest do faktycznej treści warunku – a błąd ten polegał właśnie na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Ustawodawca
w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy zaznaczył, że wykonawca „wprowadził zamawiającego w błąd", zatem ustawodawca przesądził, że jest to czynność dokonana wykonawcy. Tym samym działanie wykonawcy musi prowadzić do faktycznego wywołania
u Zamawiającego mylnego wyobrażenia o okolicznościach odnoszących się do podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.
W ocenie Izby działanie TPF, w tym zakresie, było działaniem zamierzonym, bowiem wykonawca będący w profesjonalistą niewątpliwie jest w stanie zidentyfikować różnice pomiędzy wpisem indywidualnie budynku do rejestru zabytków, a wpisaniem do rejestru zabytków układu urbanistycznego, który obejmuje również budynki indywidualnie
nie wpisane do rejestru zabytków. Również w ocenie Izby nie sposób, mając na uwadze dochowanie należytej staranności w składaniu przez wykonawcę oświadczeń, tłumaczyć w inaczej niż jako celowe działanie złożenie Wykazu z informacjami niezgodnymi
z rzeczywistością.
Izba podkreśla, że wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym
z najistotniejszych elementów mających wpływ na udział wykonawcy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza norm prawnych uregulowanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy - których naruszenie wskazywał Odwołujący – prowadzi
do wniosku, że hipoteza art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy stanowi kwalifikowaną formę wprowadzenia Zamawiającego w błąd oraz konsumuje w swej regulacji hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy i uznała,
że Zamawiający naruszył dyspozycję tego przepisu, tym samym skoro przepis konsumuje
w swej treści regulację z pkt 17, to i w tym zakresie doszło do naruszenia tego przepisu ustawy. W wyniku naruszenia wskazanych wcześniej przepisów doszło również
do naruszenia zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba zaznacza, że ugruntowany jest w orzecznictwie pogląd, że brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a z takim przypadkiem mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie – informacją prawdziwą. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wyłącza możliwość uzupełniania dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (podobnie wyrok KIO 734/17, KIO 1004/17, KIO 2003/17),
a następstwem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji jest konieczność wykluczenia go z udziału w postępowaniu w oparciu o obligatoryjne przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy. Jednocześnie należy zaznaczyć, że Wykaz w odniesieniu do osób projektant w specjalności architektonicznej oraz projektant w specjalności konstrukcyjno – budowlanej podlegał już uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, natomiast uzupełnienie w tym trybie zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny dopuszczalne jest tylko jednorazowo.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Izba uznała zarzut ten
jak również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy za zasadny. Zgodnie z postawionym warunkiem *projektanci* w *specjalności architektonicznej i konstrukcyjno- budowlanej muszą posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w zakresie projektowania (wymiar wymaganego doświadczenia dotyczy okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu przez niego przedmiotowych uprawnień budowlanych do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie).* Zgodnie z wzorem Wykazu (załącznik nr 7 do SWIZ) wykonawca w tabeli w kolumnie 4, powinien zgodnie z określeniem tej kolumny, podać informację referujące do określonego warunku udziału w postępowaniu czyli *okres doświadczenia zawodowego, data uzyskania uprawnień do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w zakresie projektowania.* Zestawiając ze sobą ww. wymagania oraz mając na uwadze obowiązek ścisłego odczytywania postanowień warunku udziału w postępowaniu w ocenie Izby TPF nie podał wymaganych danych. Wykonawca wymagany wymiar doświadczenia powinien wykazać przez podanie okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu przez niego uprawnień, czego w sposób jednoznaczny i wyraźny żądał Zamawiający. Natomiast Zamawiający winien dokonać oceny przedstawionych informacji zgodnie z tym czego sam wymagał. Za słuszne należy uznać stanowisko,
że podanie daty uzyskania uprawnień, jak to uczynił TPF nie potwierdza posiadania
co najmniej 5-letniego doświadczenia w zakresie projektowania, które dotyczy okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu przez niego przedmiotowych uprawnień budowlanych do *pełnienia* samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie
w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno- budowlanej. W ocenie Izby w odniesieniu do osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, która został wskazana dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia Wykazu
w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – ponieważ w pierwotnym wykazie nie była podana w ogóle – niemożliwym byłoby zastosowanie uzupełnienia informacji, bowiem procedura z art. 26 ust. 3 ustawy została już wykorzystana w odniesieniu do osoby o tej specjalności. W przypadku osoby wskazanej do pełnienia funkcji projektanta architektonicznej, mając na uwadze szczegółowość wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy jednocześnie zestawiając z tym podanie przez wykonawcę zupełnie innej osoby, niż wskazanej w pierwotnym Wykazie, właściwym wydaje się możliwość uzupełnienia danych dotyczących okresu działalności zawodowej projektanta po uzyskaniu przez niego uprawnień, jednakże z uwagi
na zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy jak również art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy bezzasadnym byłoby dokonywanie takiego uzupełnienia w tym zakreślonym przedmiocie.
W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Izba uznała, że zarzuty te częściowo się potwierdziły, jednakże z uwagi na stwierdzone naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy jak również art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy bezzasadnym byłoby wzywanie
do złożenia wyjaśnień bądź do składania dokumentów. Mając na uwadze powyżej zamieszczone stanowisko Izby, które zasadne jest również w tej części uzasadnienia, Izba wskazuje, że Odwołujący wykazał, że Zamawiający winien był wezwać TPF do złożenia
co najmniej wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do przedstawionego Wykazu usług. Warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadanego doświadczenia wykonawcy wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu projektów obejmujących kosztorysy inwestorskie oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Zgodnie z przedstawionym przez Odwołującego dowodem nr 3 wskazana w Wykazie usługa *Projekt budowlany i wykonawczy" Odbudowa, przebudowa i rozbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania budynku pałacu z przeznaczeniem na cele mieszkalno - hotelowe*
i muzealne, czworaków na cele gastronomiczne, konferencyjne i mieszkalno - hotelowe
z budową drogi wewnętrznej, parkingów, dwóch zbiorników na nieczystości ciekłe oraz zewn. i wew. instalacji gazowej, usytuowanego w Gładyszach. Projekt obejmował wzmocnienie fundamentów - projekt wykonany przez Decorum Architekci sp. z o.o. nie obejmowała przygotowania specyfikacji wykonania i odbioru robót. Izba dopuściła dowód (dowód nr 3) i uznała jego prawidłowość, bowiem sam fakt kwestionowania udzielonej na zapytanie Odwołującego odpowiedzi w postaci emaila prokurenta spółki, sprowadzający się do formy i podpisu prokurenta nie stanowi w ocenie Izby przeszkody do dopuszczenia tego dowodu. Dane prokurentów spółek są danymi jawnymi i ewentualne kwestionowanie przez Zamawiającego powinno dotyczyć bądź to braku ujawnienia prokurenta spółki w Krajowym Rejestrze Sądowym bądź wskazania na niedochowanie formy reprezentacji w imieniu spółki. Jednocześnie dobie powszechnej komunikacji elektronicznej nie sposób odbierać wiadomości w postaci email wiarygodności.
Ewentualne wezwanie do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, w zakresie wykazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu usług mogłoby skutkować koniecznością wezwania do uzupełnienia Wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy – tak też wynika to z przedstawionego dowodu nr 3 przez Odwołującego. Jednakże z uwagi na zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy jak również art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy bezzasadnym byłoby dokonywanie takiego wyjaśnienia i uzupełnienia
w tym zakreślonym przedmiocie.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ,
a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna
z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował
w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę
w postepowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty. Każdy z wykonawców składających ofertę
w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest
to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić
do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……