

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez odwołującego D.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DG Studio - D.P. w Jarosławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Pruchnik przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Infra-Tel Sp. z o.o. w Rybniku i Misiura Sp. z o.o. w Koninie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego D.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DG Studio - D.P. w Jarosławiu izalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 13 600,00 zł (trzyście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pruchnik ul. Rynek 1, 37-560 Pruchnik, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej w miejscowości Pruchnik”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00579572/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 18 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca D.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą DG Studio - D.P. ul. Grunwaldzka 3a, 37-500 Jarosław, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o rzekome złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy przy czynności złożenia oferty Odwołującego nie można doszukać się ani jednej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „z.n.k.”), ani jako czynu nazwanego ani wynikającego z klauzuli generalnej czynów nieuczciwej konkurencji,
- 2.art. 16 pkt 2 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na wprowadzeniu do SWZ dwóch pojęć odnoszących się do realizacji robót budowlanych w kontekście spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy pojęcie „wykonania robót budowlanych” jest w doktrynie i orzecznictwie jednoznaczne,
- 3.art. 647 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku Kodeks cywilny (dalej jako: „k.c.”) poprzez jego błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że momentem oddania określonych w umowie robót nie jest moment faktycznego wykonania robót, lecz moment uzależniony od odbioru przez stosowne organy administracji publicznej.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kwoty zapłaconej tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- a) zaświadczenie z dnia 12.03.2024 r. wystawione przez Związek Powiatowo-Gminny „Ziemia Lubaczowska” na fakt jego treści, a w szczególności na fakt, że roboty budowlane związane z budową wieży widokowej zostały zakończone;
- b) oferta spółki Interweiss sp. z o.o. złożona na rzecz FHU G.B. na fakt jej treści, a w szczególności na fakt dokładnego przedmiotu umowy (zakresu robót) o roboty budowlane pomiędzy Interweiss sp. z o.o. a FHU G.B., terminu wykonania robót budowlanych oraz należnego wynagrodzenia;
- c) zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia dowodu w jaki sposób, jaką drogą komunikacji, zwrócił się pismem nr IŻ 271/34/2023-2024 z dnia 08.02.24 r. do Związku Powiatowo-Gminnego „Ziemia Lubaczowska” wskazanego przez odwołującego jako inwestora całego zamówienia, w tym budowy wieży widokowej w Gminie Horyniec-Zdrój o przedłożenie informacji i/lub dokumentów istotnych w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych dotyczących oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Pruchnik pn. „Budowa ogólnodostępnej infrastruktury turystycznej w miejscowości Pruchnik” na fakt, że zamawiający nie uzyskał odpowiedzi od inwestora tj. Związku Powiatowo-Gminnego „Ziemia Lubaczowska” ponieważ intencjonalnie użył nieczynnej u inwestora formy komunikacji.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Jako warunek udziału w postępowaniu (rozdział VIII SWZ) zamawiający wskazał konieczność posiadania minimalnego poziomu zdolności, tj.: „Zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę polegającą na budowie wieży widokowej i/lub punktu widokowego itp. w konstrukcji stalowej lub stalowo-drewnianej o minimalnej wysokości całkowitej obiektu wynoszącej co najmniej 21 metrów. Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone.” Co istotne, zamawiający w żadnym dokumencie postępowania nie zdefiniował nigdzie sformułowania „wykonanie”, ani też co oznacza sformułowanie „zadanie zakończone”.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał między innymi, że spełnia wyżej wskazany warunek. Jednocześnie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, czyli spółki Interweiss Sp. z o.o. z siedzibą w Kowalówce, która to spółka spełnia wymóg doświadczenia wskazany w rozdziale VIII SWZ. Zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych i złożenia dokumentów. Odwołujący w terminie odpowiedział na wezwanie zamawiającego. Zamawiający w dniu 12.03.2024 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty z uwagi na złożenie jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z czym odwołujący się nie zgadza.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania odwołujący wskazał, że odrzucenie jego oferty, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest bezzasadne. W ocenie odwołującego to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania spełnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, o których mowa w z.n.k. Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia oferty wskazał jedynie lakonicznie, że ocena przedłożonych przez wykonawcę dokumentów i samodzielna weryfikacja zamawiającego spowodowała u niego mylne wyobrażenie o faktach dotyczących spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, tj. podmiotu udostępniającego zasoby (zob. str. 3 zawiadomienia o odrzuceniu oferty). Powyższa konstatacja zamawiającego budzi wątpliwość, ponieważ nigdy w toku postępowania zamawiający nie sugerował, że podmiotem udostępniającym zasoby jest jakiś inny podmiot niż Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce.

Podstawą odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 z.n.k.). Składając ofertę, odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd próbami udowodnienia, że spełnia warunek, ani żadnymi innymi działaniami związanymi z możliwością zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ w istocie warunek ten spełnia.

Zdaniem odwołującego, aby spełnić przesłankę czynu nieuczciwej konkurencji, zamawiający musi udowodnić, że działanie odwołującego: 1) jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i jednocześnie 2) zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający nie wykazał ani jednej przesłanki ze wskazanych powyżej (w szczególności, nie wykazał w jaki sposób złożenie wyjaśnień oraz dostarczenie wymaganych dokumentów miałyby być sprzeczne z dobrymi obyczajami). Zamawiający zarzuca jedynie, że odpowiedzi udzielone przez odwołującego były niezgodne ze stanem faktycznym (z rzeczywistością), co według odwołującego wynika z uzasadnienia odrzucenia jego oferty. Ocena zamawiającego przesądzająca o konieczności odrzucenia oferty zasadza się na błędnym rozumieniu tego czym jest „zakończona robota”, co odwołujący przedstawi w ramach kolejnych argumentów przemawiających o zasadności odwołania. Dodatkowo odwołujący przedstawia zaświadczenie wydane przez Związek Powiatowo-Gminny „Ziemia Lubaczowska” na fakt tego, że wykonawcą („generalnym wykonawcą”) jakim jest Firma Usługowo-Handlowa Bauman Grzegorz zrealizowała budowę wieży widokowej na rzecz której czynności podwykonawcze realizowała firma Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce. Na marginesie, argumentacja prowadzona przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym zawiadomienia o odrzuceniu oferty w żaden sposób nie koreluje z uzasadnieniem prawnym odrzucenia oferty, nie został przedstawiony ani jeden dowód na to, aby odwołujący naruszył przepisy bądź dobre obyczaje, ani że

symultanicznie interes zamawiającego bądź innych przedsiębiorców został naruszony albo zagrożony naruszeniem. Jednocześnie, sam zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego spostrzega, że niedbalstwo wykonawcy „zamawiający może przyjąć” jako nieumyślne. Już to twierdzenie daje asumpt do przyjęcia, że czynu nieuczciwej konkurencji podczas składania oferty nie popełniono.

Uzasadniając zarzut nr 2 odwołania odwołujący wskazał na brzmienie art. 16 pkt 2 p.z.p. i podniósł, że w doktrynie zauważa się, że zasada przejrzystości oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia zawiera jasne reguły, a nieprzejrzyste byłoby np. opisanie warunków udziału w postępowaniu w wieloznaczny sposób (zob. P. Wiśniewski J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 16.). Zamawiający tymczasem w SWZ wprowadził pojęcia, które są od siebie różne i spowodowały one rozdzźwięk pomiędzy stanowiskiem zamawiającego i odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego. Rozdzźwięk ten polegał na wprowadzeniu do SWZ dwóch sformułowań, to znaczy: 1) „wykonał (...) robotę polegającą na budowie wieży widokowej (...)”, 2) oraz sformułowania: „(...) zadania zakończone”. Z których oba tak naprawdę oznaczają to samo, lecz interpretacja zamawiającego w tym zakresie jest odmienna niż w stanowisku przyjętym w doktrynie i orzecznictwie.

Brak przejrzystości, a więc naruszenie art. 16 pkt 2 p.z.p. polega na tym, że zamawiający nigdzie w SWZ, ani w innych dokumentach postępowania nie wprowadził definicji legalnej tego czym jest „wykonanie roboty budowlanej”, ani tego co rozumie pod pojęciem „zadanie zakończone”, jeśli dla niego pojęcia te są znaczeniowo odmienne od tych funkcjonujących w obrocie. W konsekwencji doprowadziło to do tego, że zamawiający i odwołujący posługiwali się nieetożsamymi pojęciami w kluczowej kwestii związanej z warunkami udziału w postępowaniu, co w efekcie spowodowało odrzucenie oferty odwołującego - pomimo słuszności stanowiska odwołującego w tym zakresie, co zostało podparte prawidłową wykładnią prawną pojęć związanych z wykonaniem robót budowlanych. W tym miejscu należy dodać, że dla odwołującego (oraz w zasadzie w całej doktrynie i orzecznictwie sądowym) jasne jest i niewymagające definiowania jak należy rozumieć pojęcie „wykonania robót budowlanych”. Tymczasem, biorąc pod uwagę nieprzejrystą treść SWZ, zamawiający przyjął odmienną, niezajdującą oparcia w przepisach interpretację tych sformułowań, czemu dał wyraz w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego. Innymi słowy, odwołujący mając przed sobą sformułowanie, które nie wymagało głębszych wyjaśnień i analizy postąpił zgodnie z prawem składając zamawiającemu ofertę.

Zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 16.03.2023 r. sygn. akt KIO 560/23 „Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.”. Ponadto, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść wykonawcy, co wskazano w wyroku Sądu Najwyższego, z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, „Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego jako autora tej dokumentacji. Wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt VIII Ga 102/18: Na tle zasady przejrzystości postępowania w doktrynie podkreśla się przy tym z powołaniem na orzecznictwo (...), że zasada przejrzystości postępowania oznacza, iż wszystkie warunki i zasady postępowania przetargowego powinny być zapisane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny, który pozwoli wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a nadto umożliwi instytucji zamawiającej faktyczne sprawdzenie, czy oferty odpowiadają kryteriom, którym podlega dany przetarg [por.: M. Jaworska. w: red. M. Jaworska., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2018]. Wyrażona w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołujący wskazał, że w jego ocenie osią sporu jest - co wynika konsekwentnie z nieprzejrystego sformułowania warunków udziału w postępowaniu - błędna wykładnia pojęcia „wykonanie robót budowlanych”, której dokonał zamawiający. Odwołujący powołał się na brzmienie art. 647 k.c. i zaznaczył, że treść umowy o roboty budowlane wyznacza obszar, w ramach którego dokonywana jest wykładnia wskazanej normy. Zobowiązaniem wykonawcy jest „oddanie przewidzianego w umowie obiektu”. „Kluczowe w tym kontekście jest, że przedmiotem umowy o roboty budowlane nie musi być wykonanie kompletnej inwestycji odpowiadającej pojęciu obiektu budowlanego w rozumieniu PrBud, a więc pewnej większej całości, lecz również wykonanie robót budowlanych

odpowiadających części obiektu. Doświadczenie w ramach obrotu gospodarczego pokazuje, że często to właśnie podwykonawcy realizują roboty budowlane odpowiadające części obiektu (zob. „Wyróżnia się bowiem kilka wariantów umów o roboty budowlane, z których jeden to tzw. umowa o podwykonawstwo, tj. umowa o wykonanie robót budowlanych lub montażowych, zawierana przez generalnego wykonawcę z podwykonawcą” [M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 627-1088. Warszawa 2022]).

W ocenie odwołującego i tak było w przypadku niniejszego postępowania, gdzie spółka Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce zrealizowała budowę wieży będącej częścią inwestycji budowlanej. W tym kontekście realizacja przez Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce robót budowlanych ograniczona jest przedmiotowo do tej konkretnej wieży, a jej wybudowanie przesądza o zakończeniu robót budowlanych (wykonaniu robót) - tak też Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17.07.2008 r., sygn. akt 11 CSK 112/08. Biorąc pod uwagę wyżej wskazaną argumentację, jasne staje się, że spółka Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce, kończąc budowę wieży, widokowej wykonała roboty budowlane.

Odnosząc się natomiast do pojęcia „wykonania robót budowlanych”, w kontekście momentu, w którym roboty budowlane są wykonane, odwołujący argumentował, że wykonanie robót budowlanych jako świadczenie niepieniężne jest spełnione wtedy, gdy wykonawca jest gotowy do przekazania ich zamawiającemu. Sam odbiór robót, z uwagi na jego sformalizowany charakter nie konstituuje momentu spełnienia świadczenia przez wykonawcę, lecz stanowi jego deklaratywne pokwitowanie (jest dowodem spełnienia świadczenia). W orzecznictwie wskazuje się, że: „Zatem odróżniać należy moment wykonania dzieła (przedmiotu robót budowlanych), za który uważać należy chwilę wyrażenia gotowości do wydania tego przedmiotu zgodnie z treścią umowy, od momentu dokonania odbioru. Odbiór bowiem jako czynność zawierająca w sobie element woli stanowi wyraz potwierdzenia uznania jego świadczenia za spełnione. W przypadku gdy czynności składające się na odbiór są rozciągnięte w czasie i złożone (np. w przypadku czynności związanych z odbiorem złożonych obiektów budowlanych wymagającym szczegółowej weryfikacji jakości robót) moment dokonania odbioru nie zawsze będzie tożsamy czasów z datą ustania opóźnienia. Obrazuje to przykład, w którym wykonawca ma zakończyć roboty do konkretnej daty, zaś następnie zamawiający posiada określony czas na przeprowadzenie czynności odbiorowych. Niewątpliwie w takiej sytuacji ocenę wykonania przez dłużnika czynności w terminie dokonywać należy w doniesieniu do daty przedstawienia robót do odbioru, a nie zakończenia czynności odbiorowych” (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 27.11.2018 r., 1 AGa 205/18, LEX nr 2624394). W podobnym tonie orzekł także Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 22.04.2022 r. sygn. akt VIII Ga 432/21, gdzie wskazał: „Odróżniać należy pojęcie (akt) wydania dzieła i jego odbioru. Pierwsze pojęcie odnosi się do czynności dłużnika deklarującego w istocie wobec wierzyciela spełnienie świadczenia zgodnie z jego treścią i domagającego się od wierzyciela jego przyjęcia. Odebranie (odbiór) z kolei to akt wierzyciela zawierający w sobie element woli (przyjęcia świadczenia), stanowiący zarazem skwitowanie dłużnika (stwierdzenie, że świadczenie zostało spełnione) wywołujący skutki istotne dla stosunku prawnego między stronami (np. dla aktualizacji prawa do wynagrodzenia czy też aktualizacji uprawnień z tytułu rękojmi, przejścia ryzyka związanego z utratą lub uszkodzeniem przedmiotu umowy itp.).”.

W tak przedstawionym świetle użyte przez zamawiającego w SWZ sformułowanie „wykonanie robót budowlanych” nabiera odpowiedniego znaczenia, ugruntowanego w orzecznictwie i doktrynie, a subsumpcja stanu faktycznego, w którym odwołujący zadeklarował (i przedstawił stosowny dowód - protokół odbioru) do stanu prawnego pozwala uznać, że odwołujący w rzeczywistości wykonał wieżę o parametrach określonych przez zamawiającego w postępowaniu. Natomiast sam fakt tego, że inwestycja w dalszym ciągu może trwać, jest zupełnie irrelevantny w stosunku do umowy o roboty budowlane jaką zawarł Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce z G.B.. Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce spełnił bowiem swoje świadczenie w całości (wykonał roboty budowlane), a strona której świadczył pokwitowała wykonanie robót. To wszakże nie Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce, lecz G.B. był generalnym wykonawcą inwestycji dla Związku Powiatowo-Gminnego „Ziemia Lubaczowska” i to on miał wobec tego inwestora wykonać inwestycję. Stosunek prawny jaki istniał pomiędzy G.B. a Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce był odrębny od stosunku prawnego inwestora z generalnym wykonawcą.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego bezspeczne jest to, że zamawiający dokonał błędnej wykładni pojęcia „wykonanie robót budowlanych”, kiedy pozostała część inwestycji może jeszcze trwać. Przy tym uzyskanie decyzji i pozwoleń, na które powołuje się zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, nie było obowiązkiem Interweiss Sp. z o.o. w Kowalówce i nie determinowało wykonania robót. Odwołujący zauważył także, że wbrew temu, co wskazał zamawiający, podmiot, na zasoby którego powołuje się odwołujący ma doświadczenie w budowie wieży widokowej w konstrukcji stalowo-drewnianej, o czym świadczy projekt architektoniczno-budowlany, w którego posiadaniu jest zamawiający (lit. B. Projekt architektoniczno-budowlany – część opisowa, pkt 1).

Odwołujący podsumował, że nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji składając ofertę. Ani jedna przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji nie została wykazana przez zamawiającego, ani też udowodniona w żaden sposób, tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu. Zamawiający w ramach postępowania przygotował SWZ w sposób nieprzejrzysty, bowiem do opisanego jednego wymogu (warunku udziału w postępowaniu) użył dwóch różnych

pojęć. W dodatku, co okazało się po złożeniu oferty, zupełnie odmiennie od utartej definicji, rozumuje to czym jest wykonanie robót budowlanych, wprowadzając na etapie informacji o odrzuceniu oferty własną definicję tego pojęcia. Zamawiający również błędnie rozumuje okoliczność, kiedy dochodzi do spełnienia świadczenia niepieniężnego z tytułu wykonania robót budowlanych, gdy godnie z prawem jest to moment, kiedy wykonawca deklaruje gotowość do odbioru robót, zaś zamawiający uznał, że to moment uzyskania stosownych odbiorów i decyzji administracyjnych. Co więcej, zamawiający zdaje się nie zauważać, że przedmiotem robót budowlanych może być także część obiektu, a nie cała inwestycja składająca się z kilku obiektów - nie tracąc przy tym waloru robót budowlanych i konstytuujących je regulacji związanych z ich zakończeniem.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 marca 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum Infra-Tel Sp. z o.o. ul. Żorska 14, 44-203 Rybnik i Misiura Sp. z o.o. Konina 142, 34-735 Niedźwiedź (dalej zwane „przystępującym”), które zgłosiło przystąpienie po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, czynności zamawiającego dotyczące weryfikacji roboty referencyjnej wskazanej przez odwołującego w toku badania i oceny ofert, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem rozpoznawane odwołanie, jako nieposiadające uzasadnionych podstaw, zostało przez Izbę oddalone w całości.

W dokumentacji postępowania, w rozdziale VIII pn. Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia pkt 1 ppkt 1.3 SWZ, zamawiający postawił wykonawcom warunek dotyczący zdolności zawodowej, który uzna za spełniony, jeżeli wykonawca „wykaże, że wykonał należycie w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedną robotę polegającą na budowie wieży widokowej i/lub punktu widokowego itp. w konstrukcji stalowej lub stalowo-drewnianej o minimalnej wysokości całkowitej obiektu wynoszącej co najmniej 21 metrów.”. Izba ustaliła również, że odwołujący w tym zakresie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego (Interweiss Sp. z o.o. Kowalówka 9, 37-611 Cieszanów), gdzie w ramach roboty referencyjnej wskazano budowę wieży widokowej o konstrukcji stalowo-drewnianej o wysokości 24 m, na rzecz FHU Bauman Grzegorz, o wartości powyżej 800.000,00 zł, w terminie 16.06.2023 - 29.12.2023, w miejscu Horyniec Zdrój (tak wypełniony przez odwołującego załącznik nr 9 do SWZ, poz. 1 wykazu wykonanych robót). Do wykazu robót załączono także referencje z dnia 8 stycznia 2024 r. wystawione przez Firmę Handlowo-Usługową Bauman Grzegorz Kowalówka 9, 37-611 Cieszanów.

Dalej Izba ustaliła, że dniu 2 lutego 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści przedłożonych podmiotowych środków dowodowych i złożenia dokumentów. W dniu 6 lutego 2024 r. odwołujący udzielił wyjaśnień, do których załączono protokół odbioru z dnia 29 grudnia 2023 r., wykaz wykonanych robót z dnia 5 lutego 2024 r. i projekt architektoniczno-budowlany. Ponadto, zgodnie z dokumentacją postępowania, która *ex lege* została zaliczona na poczet materiału procesowego (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453)), zamawiający w toku badania i oceny ofert dokonał wizji lokalnej we wskazanym przez odwołującego miejscu realizacji roboty referencyjnej (notatka z dnia 14.02.2024 r. wraz z dokumentacją fotograficzną), w wyniku której stwierdzono, że roboty nie zostały zakończone. W dokumentacji postępowania znajduje się też materiał ze stron internetowych dotyczących przedmiotowej inwestycji i wyciąg

z dokumentacji na „Wykonanie w systemie „zaprojektuj-wybuduj” dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych w ramach zadania pn. Budowa infrastruktury turystycznej na terenie Związku Powiatowo-Gminnego „Ziemia Lubaczowska” (znak sprawy ZPGZL.1.2022).

W dniu 12 marca 2024 r. zamawiający uznał, że odwołujący złożył ofertę w ramach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k) i ją odrzucił, ponieważ w wyniku weryfikacji stwierdzono, że odwołujący nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że zadanie nie zostało zakończone, a złożone przez odwołującego oświadczenia i dokumenty nie odpowiadają stanowi faktycznemu („Zamawiający nie mógł zignorować informacji otrzymanych i pozyskanych w trakcie oceny podmiotowych środków dowodowych Wykonawcy, z których wynikało, że wskazana w załączniku nr 9 do SWZ robota jako zakończona, faktycznie nie została zakończona.”). W informacji o odrzuceniu oferty podkreślono także, iż z powodu niedbalstwa odwołującego przy przekazywaniu podmiotowych środków dowodowych i składaniu wyjaśnień doszło do nieumyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powoduje naruszenie art. 3 ust. 1 z.n.k. i skutkuje wyeliminowaniem nierzetelnego wykonawcy z postępowania, bez możliwości zastosowania art. 122 p.z.p.

Izba stwierdziła, że ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że działanie zamawiającego, który odrzucił ofertę odwołującego było prawidłowe, zatem nieudowodniony zarzut nr 1 z *petitum* odwołania nie mógł zostać uwzględniony.

W ocenie składu orzekającego, mając na uwadze zgromadzony materiał procesowy, tu w szczególności dokumentację fotograficzną dołączoną do notatki zamawiającego z dnia 14 lutego 2024 r. dotyczącą oględzin wskazanej przez przystępującego inwestycji (wieża widokowa w Gminie Horyniec-Zdrój, działka o nr ewid. 226/48) – czego odwołujący nie podważał, skład orzekający też nie znalazł podstaw, aby odmówić wiarygodności tym dowodom – zamawiający udowodnił, iż prace mające polegać na budowie wieży widokowej, w dacie przeprowadzonej wizji lokalnej, nie zostały zakończone. Tak jak zaznaczono w notatce nie zakończono prac wymaganych w warunku, jest to nadal teren budowy ze wskazanymi przez zamawiającego brakami (pkt 4-5 notatki z wizji lokalnej z dnia 14.02.2024 r., zdjęcia nr 3-7). Powyższe jest spójne z wydrukami z serwisów internetowych, które również zawierają dokumentację fotograficzną (facebook Gminy Horyniec-Zdrój z dnia 08.02.2024, artykuł „W Horyńcu-Zdroju powstaje wieża widokowa [zdjęcia]” z dnia 09.02.2024 r. z serwisu elubaczow.com, informacja „Turystyczne inwestycje na Roztoczu i Ziemi Lubaczowskiej” z dnia 26.01.2024 r. z serwisu rzeszow.tvp.pl), gdzie informowano o kolejnych etapach budowy wieży widokowej – por. też str. 6 odpowiedzi na odwołanie. Z informacji tych wynika, że na dzień ich przekazywania obiekt nadal był w trakcie budowy. Skoro zatem w lutym 2024 r. nie zakończono realizacji tych prac niemożliwym jest, aby termin ich zakończenia, który został podany przez odwołującego był prawidłowy.

Zgromadzony materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że budowa wieży widokowej w Horyńcu-Zdroju jeszcze w lutym 2024 r. była w toku realizacji. Zamawiający w SWZ wymagał zakończenia jednej roboty polegającej na budowie wieży widokowej i/lub punkty widokowego, zaś faktyczny stan realizacji robót dotyczący roboty referencyjnej odwołującego, który został udowodniony przez zamawiającego, nie pozwala na przyjęcie, że budowa tej wieży widokowej spełnia postawiony warunek. Zamawiający udowodnił, że podana przez odwołującego data zakończenia przedmiotowych robót, czyli 29 grudnia 2023 r., nie odpowiada rzeczywistości.

Skład orzekający stwierdził, że zakres prac wynikający z dokumentów złożonych przez odwołującego zamawiającemu w toku postępowania (dwukrotnie składany wykaz robót, referencje, protokół odbioru) nie jest wiarygodny i nie może – w świetle wyżej omówionych dowodów, które Izba oceniła jako spójne, kompletne i wiarygodne – stanowić podstawy do przyjęcia, że warunek został spełniony. Przeciwnie, dokumenty złożone przez odwołującego w postępowaniu, które posiadają charakter deklaracyjny, skonfrontowane z bardziej wiarygodnymi dowodami bezpośrednio dokumentującymi to, co zostało w ramach inwestycji wykonane (stan robót na luty 2024 r.) doprowadziły Izbę do przekonania, że wymagane przez zamawiającego w warunku roboty, na podany przez odwołującego dzień ich zrealizowania (29 grudnia 2023 r.) nie zostały zakończone. Natomiast odwołujący nie zaoferował Izbie żadnego dowodu potwierdzającego zakończenie wymaganych prac w tej dacie. W szczególności dokument pochodzący od inwestora robót, którym jest Związek Powiatowo-Gminny „Ziemia Lubaczowska” w Lubaczowie, z dnia 12 marca 2024 r., nie potwierdza zakończenia prac w dniu 29 grudnia 2023 r. Inwestor wskazał, że budowa wieży widokowej została zakończona, ale nie potwierdził tej daty. Dodatkowo z informacji inwestora wynika, że nie jest także wiarygodna podana przez odwołującego data rozpoczęcia robót, którą odwołujący określił na 16 czerwca 2023 r. Inwestor oświadczył, że realizacja robót budowlanych dla wieży widokowej w Horyńcu-Zdroju rozpoczęła się 1 sierpnia 2023 r.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby zamawiający prawidłowo stwierdził, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd, co polegało na przedstawieniu nieprawdziwych informacji w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią podmiotowych środków dowodowych, które miały potwierdzać zdolność wymaganą w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.3 SWZa rzeczywistością, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Jedynie dodatkowo należy zaznaczyć, że dokumenty odwołującego w postaci referencji i protokołu odbioru i tak w ocenie Izby miałyby znikomą wartość dowodową z uwagi na fakt, że wystawiający je podmiot jest reprezentowany przez tą samą osobę, której roboty są przedmiotem oświadczenia (pan G.B.). Mając zaś na uwadze, że oświadczenia woli złożone samemu sobie, zgodnie z linią orzecniczą Sądu Najwyższego są generalnie nieważne, należy uznać, że podobną wadą mogą być obarczone oświadczenia wiedzy. Wynika to nie tylko z okoliczności prawnych (stosowanie przepisów o oświadczeniach woli odpowiednio do innych oświadczeń), ale także z zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. Trudno bowiem oczekiwać, że dana osoba fizyczna – działająca raz jako organ osoby prawnej (prezes zarządu Interweiss Sp. z o.o. Kowalówka 9, 37-611 Cieszanów), a raz jako samodzielny przedsiębiorca (Firma Handlowo Usługowa G.B. Kowalówka 9, 37-611 Cieszanów) – wystawi negatywną ocenę referencyjnych robót.

Odnosząc się dalej do argumentacji odwołującego dotyczącej naruszenia art. 16 pkt 2 p.z.p. i art. 647 k.c. (zarzut nr 2 i nr 3 z *petitum* odwołania), skład orzekający wskazuje, że nie podziela stanowiska o dokonaniu przez zamawiającego wadliwej wykładni treści warunku; w szczególności w zakresie rzekomo niewłaściwego określenia momentu zakończenia robót budowlanych. Odwołujący szeroko przedstawiał argumentację prawną i podnosił, że nie powinien być to odbiór robót przez stosowne organy administracji publicznej, a moment faktycznego wykonania robót.

W ocenie składu orzekającego warunek zostałby spełniony, kiedy wykonawca przedstawiłby wykaz wykonanych robót, który zawierałby doświadczenie wymagane w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 1.3 SWZ, tj. zakończone roboty budowlane polegające na wykonaniu budowy wieży widokowej o wskazanej w przedmiotowym warunku konstrukcji i wysokości, potwierdzone dowodem, że roboty te zostały wykonane należycie (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty, tak rozdział IX pkt 6 ppkt 6.1 SWZ), co wynika z wiążącej treści dokumentacji postępowania. Nie ma tam wymogu pozyskania dokumentów od właściwych organów administracji publicznej, żądanie takiego dokumentu jest nieuzasadnione.

Izba ustaliła, że w ramach wezwania w trybie art. 128 ust. 1 i 4 p.z.p. zamawiający, po powzięciu wiedzy, że mógł zostać wprowadzony w błąd, żądał takiego dokumentu, jednakże to nie z powodu braku jego przedstawienia oferta odwołującego została odrzucona z postępowania. Podstawą wyeliminowania oferty odwołującego nie jest dokument pochodzący od niewłaściwego podmiotu (co mogłoby być kwalifikowane jako zmiana wymagań wiążącej SWZ w toku badania i oceny ofert), a fakt, że odwołujący przedstawił wykaz, referencje i protokół odbioru, które są niezgodne z rzeczywistością. Osią sporu w sprawie nie była wykładnia treści warunku czy sposób potwierdzenia jego spełnienia – konstruowane przez odwołującego stanowisko usiłuje przenosić spór na zakres, w którym tego sporu nie ma. Zgodnie z informacją z dnia 12 marca 2024 r. o odrzuceniu oferty odwołującego bezpośrednim powodem jej odrzucenia było to, że dokonana przez zamawiającego weryfikacja terenu budowy wieży widokowej wskazanej przez odwołującego jako robota referencyjna skutkowałą stwierdzeniem, że obiekt jest w trakcie budowy, zatem nie jest to zadanie zakończone, a tylko takie spełniają wymagania SWZ. Problemem jest to, że odwołujący wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, że na dzień 29 grudnia 2023 r. prace mające spełniać postawiony warunek (budowa wieży widokowej w Horyńcu-Zdroju) zostały zakończone, kiedy faktycznie zakończone nie były.

Nie ma żadnego spornego zagadnienia dotyczącego rekonstrukcji treści warunku. Odwołujący próbował budować następne niejasności/wątpliwości w zakresie dokumentacji postępowania, kiedy niezależnie jak mielibyśmy rozumieć SWZ – nawet uwzględniając pozorne niejednoznaczności konstruowane przez odwołującego na etapie po odrzuceniu jego oferty (z czym Izba się nie zgadza, bowiem czym innym jest niejednoznaczna treść dokumentacji postępowania, gdzie odwołujący powinien udowodnić, że należycie działający wykonawca, w sposób obiektywnie uzasadniony, mógłby rozumieć wymagania dokumentacji postępowania na co najmniej dwa sposoby) – to nadal, odwołujący nie udowodnił, że na dzień podany w przedmiotowych środkach dowodowych, prace referencyjne zostały zakończone. Tutaj nie ma czego interpretować na korzyść wykonawcy, czego żądał odwołujący, ponieważ zamawiający nie wymagał ukończenia całości inwestycji, jak niezasadnie podnosił odwołujący, a wprost żądano zakończenia robót precyzyjnie i jednoznacznie określonych w treści warunku. Takich robót odwołujący w podanym przez siebie terminie realizacji nie wykonał, co udowodnił zamawiający. Odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu potwierdzającego prawdziwość złożonego przez siebie oświadczenia i dokumentów składanych na potwierdzenie warunku. Argumentacja dotycząca budowania sporu w zakresie rozumienia przedmiotowego warunku jest ukierunkowana wyłącznie na poprawę sytuacji procesowej odwołującego. Warunek jest klarowny, żadnej następco podnoszonej niejasności/niejednoznaczności nie wykazano, a twierdzenia odwołującego, że zamawiający miałby inaczej rozumieć moment zakończenia robót niż wynika to z wiążącej SWZ pozostało niepotwierdzone. Brak złożenia dokumentu potwierdzającego odbiór robót przez stosowne organy administracji publicznej nie jest powodem odrzucenia oferty odwołującego, zgodnie z SWZ zamawiający przyjąłby referencje, gdyby odpowiadały rzeczywistości. Ergo nie jest sporny moment spełnienia świadczenia przez wykonawcę (termin zakończenia roboty budowlanej), a fakt, że odwołujący nie zakończył robót odpowiadających robotom wymagany w warunku udziału w postępowaniu w terminie podanym w przedmiotowych środkach dowodowych.

Konkludując, informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, więc ich przekazywanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności (k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby przetargów, zwłaszcza w zakresie weryfikacji faktycznego zakresu inwestycji referencyjnych powoływanych na potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ustalonym stanie rzeczy trudno przypuszczać, aby nieprawdziwe oświadczenia odwołującego zostały złożone z innych względów niż próba wprowadzenia zamawiającego w błąd lub z powodu rażącego niedopełnienia ciężących na nim obowiązków, związanych z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności. Nie było bowiem podstaw, żeby sądzić, iż odwołujący błędnie interpretuje treść warunku, czy że nieprawdziwe informacje zostały podane w wyniku omyłki. Za takim potraktowaniem zachowania odwołującego przemawia również zawodowy charakter prowadzonej przez niego działalności. Odwołujący nie podnosił także żadnych obiektywnych trudności przy weryfikacji doświadczenia podmiotu, na zasoby którego powołał się na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przyjmując, że takie wymagane doświadczenie podmiot ten posiada, nie przedstawiając przy tym żadnego wiarygodnego dowodu na potwierdzenie treści przedmiotowych środków dowodowych (tu w szczególności data zakończenia robót budowlanych wieży widokowej w Horyńcu-Zdroju w dniu 29 grudnia 2023 r.).

Zgodnie z art. 3 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wypada podkreślić, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 czerwca 2009 r. sygn. akt: II CSK 44/09, norma ta może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji (por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.10.2010 r., sygn. akt II: CSK 191/10 i z dnia 09.01.2008 r. sygn. akt: II CSK 363/07). Omawiany przepis oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami. Zatem wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej – w szczególności, jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami, w następstwie czego zaczyna zagrażać ich interesom. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 31.03.2015 r., sygn. akt: III APa 28/14). Istotnym jest również, aby działanie wykonawcy, stojące w sprzeczności z prawem lub z dobrymi obyczajami, powodowało powstanie stanu zagrożenia, albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich – innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia), a zasługującym na ochronę interesem uczestnika rynku zamówień publicznych.

Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Dochodzi do naruszenia norm postępowania wymaganych w uczciwym obrocie. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który mógł wybrać do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego wykonania. Zatem w ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy trafnie zakwalifikowano jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 z.n.k., co powoduje, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k.

Izba także zaznacza, że nie ma żadnej sprzeczności pomiędzy wskazaniem przez zamawiającego, że w jego ocenie „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiający może przyjąć jako nieumyślne”, a zastosowaniem art. 3 ust. 1 z.n.k., którego hipoteza została wypełniona (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXII Wydział Własności Intelektualnej z dnia 6 marca 2023 r., sygn. akt: XXII GW 258/22, gdzie wskazano, że „Aby doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, niezbędne jest kumulatywne spełnienie następujących przesłanek: działanie poddane ocenie musi zostać podjęte w związku z działalnością gospodarczą; czyn ten musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz działanie to musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy.” oraz E. Nowińska [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska, E. Nowińska, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2022, art. 3, zgodnie z którym „Do kwalifikacji czynu nieuczciwej konkurencji nie jest także konieczne istnienie winy w sensie umyślnego działania czy niedbalstwa sprawcy, choć oczywiście ma znaczenie w przypadku roszczenia odszkodowawczego.”). Aczkolwiek w ocenie składu orzekającego w ustalonym stanie rzeczy, co wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, mamy do czynienia

z rażącym niedbalstwem przy przekazywaniu informacji sprzecznych z rzeczywistością, co jednak nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania czy prawidłowość czynności zamawiającego, który właściwie odrzucił ofertę odwołującego.

Skład orzekający podkreśla również, iż podziela stanowisko zamawiającego, że nie ma podstaw do wezwania odwołującego w trybie art. 122 p.z.p. Nierzetelnego wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd należy wyeliminować z postępowania. Wykonawca „złapany za rękę” nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych, co byłoby sprzeczne z zasadami generalnymi p.z.p. – zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd, licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada wiedzę, że został okłamany, to i tak będzie zobligowany do wezwania do uzupełnienia (wskazania innego podmiotu udostępniającego zasoby lub wykazania przez wykonawcę samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych.

Ponadto Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego także przedłożoną przez odwołującego ofertę z dnia 1 czerwca 2023 r., która w ocenie składu orzekającego nie jest przydatna dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. I nawet gdyby oferta ta wskazywała termin, w którym zakończono roboty (a nie planowany termin) to dalej jest to dokument wtórny wobec oświadczeń pana G.B., które skład orzekający ocenił jako pozbawione przymiotu wiarygodności. Co do prób zamawiającego dotyczących pozyskania informacji bezpośrednio od inwestora wieży widokowej w Horyńcu-Zdroju są one obecnie irrelewantne skoro udowodniono, że na luty 2024 r. roboty określone w warunku nie zostały na tej inwestycji zakończone. Przy tym dokument pochodzący od inwestora przedstawił odwołujący – inwestor nie potwierdził wskazanej przez odwołującego daty zakończenia robót, inwestor w ogóle nie wskazał daty zakończenia prac. Obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie daty zakończenia robót określonych w warunku z rozdziału VIII pkt 1 ppkt 1.3 SWZ, co musiało skutkować oddaleniem niewykazanych zarzutów odwołania.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła zamawiającego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania i koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....