

Sygn. *akt XXIII Zs 119/21*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: SSO Renata Puchalska

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 8 listopada 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

ze skargi odwołującego (...) S.A. w S.

z udziałem przeciwnika skargi zamawiającego Miasto K.

oraz przy uczestnictwie przystępującego do zamawiającego Konsorcjum (...) S.A. w S. oraz (...) S.A. w S.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 5 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1979/21

1. oddała skargę;
2. zasądza od (...) S.A. w S. na rzecz Miasta K. kwotę 12.517 zł (dwanaście tysięcy pięćset siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

SSO Renata Puchalska

Sygn. akt XXIII Zs 119/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto K., w imieniu którego działa Urząd Miasta K. – Wydział Inwestycji, prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem była: „Budowa stadionu miejskiego w K.” – etap I, numer sprawy: (...). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w D.U.U.E. z 23.12.2020 r., (...)

Odwołujący: (...) S.A. z siedzibą w S. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

I. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: (...) S.A, S., Partner Konsorcjum - (...), S. jako najkorzystniejszej oferty,

II. czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum (...),

III. zaniechania czynności wezwania Konsorcjum (...) do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

IV. zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty Konsorcjum (...) za odrzuconą,

V. zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stawiał zarzuty naruszenia:

a) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

b) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu;

c) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący stawiał zarzut naruszenia:

d) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum (...) za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że Konsorcjum w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej oferty; dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum (...); wezwał Konsorcjum (...) do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania; w razie braku skutecznego uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – aby wykluczył Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz uznał ofertę Konsorcjum odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp; w konsekwencji – aby Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty. Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby wykluczył Konsorcjum (...) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 oraz uznał ofertę Konsorcjum (...) za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum (...) S.A. z siedzibą w (...) S.A. z siedzibą w S. wnosząc o oddalenie odwołania.

Wyrokiem z 5 sierpnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. oddaliła odwołanie, w pkt 2. kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) S.A. siedzibą w S. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł, uiszczoną przez wykonawcę (...) S.A. siedzibą w S. tytułem wpisu od odwołania.

W ramach rozważań prawnych Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i wniesienia odwołania, tj. wykazał zaistnienie przesłanek przewidzianych w art. 505 ustawy Pzp. Następnie Izba podniosła, że

analiza treści przedmiotowych postanowień SIWZ pozwalała na stwierdzenie że wykonawca – konsorcjum (...) wykazał spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, kwalifikacji zawodowych oraz przedstawił dodatkowo inwestycję do oceny doświadczenia osoby przedstawionej jako kierownik budowy w obiekcie kubaturowym o wymaganej wartości określonej kwotą minimalną, dla potrzeb ustalenia i oceny oferty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

Jak zauważyła Izba, Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko kierownika budowy posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; posiadała 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy; posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych min. 70 000 000,00 zł brutto. Doświadczenie kierownika budowy stanowiło jednocześnie kryterium oceny ofert, które opisano w pkt 45 ppkt 3) SIWZ.

W tym zakresie w sprawie wykonawca na stanowisko kierownika budowy przedstawił M. H. (1), który posiada odpowiednie uprawnienia oraz wymagane doświadczenie. W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia („Wykaz”), w rubryce dot. spełnienia warunku udziału przedstawiono do oceny doświadczenia M. H. dwie inwestycje. Z kolei w rubryce związanej z doświadczeniem przedstawianym w ramach kryterium oceny ofert (dodatkowym doświadczeniem w realizacji inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto), przedstawiono inwestycję: (...) S.A. w W. tożsamą z podaną w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, że treść warunku udziału oraz kryterium oceny ofert nie pozwalały na przedstawienie tej samej inwestycji zarówno na potrzeby spełnienia warunku udziału, jak i kryterium oceny ofert. Ocenie także nie przeczyła również treść kryterium oceny ofert w części następującej po słowie „dodatkowo” użytym w pkt 45 ppkt 3 SIWZ. Zdaniem Izby, treść warunku udziału nie wskazywała, by pięcioletnie doświadczenie kierownika budowy musiało być zdobywane w ramach kierowania pracami przy zadaniach o określonych parametrach w tym w zakresie wartości inwestycji. Wykonawcy mieli swobodę w wykazywaniu skompletowania przez kierownika budowy pięcioletniego doświadczenia na takim stanowisku. Zamawiający nie wprowadził innych ograniczeń, co oznaczało, że wykonawcy mogli do tego pięcioletniego doświadczenia zaliczać to, które zostało zdobyte w ramach inwestycji spełniającej wymogi w zakresie kubatury i wartości, lecz nie było to narzuconym obowiązkiem.

Izba podkreśliła, że źródłem dodatkowych punktów w ramach oceny oferty w ustalonym kryterium nie było wykazanie się dłuższym niż pięcioletnie okresem doświadczenia. Zamawiający w treści kryterium nie wymagał przedstawienia dłuższego okresu doświadczenia kierownika budowy. Skoro zatem bazą uzyskania dodatkowych punktów było pięcioletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, które jednocześnie stanowiło podstawę spełnienia warunku udziału, to niezasadne byłoby twierdzenie, że wykonawcy celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, zobligowani byli do przedstawienia doświadczenia dłuższego niż 5 lat. Zdaniem Izby, oznacza to również, że inwestycja wykazywana na potrzeby kryterium musiała być „dodatkowa” względem kubaturowej inwestycji o określonej wartości wymienionej w warunku, a nie względem inwestycji służących jedynie ustaleniu okresu doświadczenia.

Konsekwencją dokonanego ustalenia było stwierdzenie przez Izbę niezasadności kolejnych zarzutów odwołania. Zamawiający przyjął w SIWZ, że przez doświadczenie rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji. Przystępujący wskazał zaś, że M. H. pełnił funkcję kierownika budowy po marcu 2012 roku, dodatkowe roboty, które trwały i były prowadzone w budynku do lipca 2013 r. - były nadzorowane przez w/w. Tym samym, w ocenie Izby, upubliczniona data oddania obiektu do użytku nie musiała, a w sprawie rozpatrywanej, nie oznaczała zaprzestania wykonywania czynności charakterystycznych dla funkcji kierownika budowy. Dokonane ustalenia prowadziły do wniosku, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd i nie ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17. Wykonawca przedstawił informacje, które odpowiadały realnie wykonywanym czynnościom na konkretnej inwestycji.

W taki stanie rzeczy Izba nie stwierdziła, by zamawiający w toku prowadzonego postępowania naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 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 wysokości wpisu od odwołania.

Skargę na powyższe wywiódł odwołujący (...) S.A. w S., zaskarżając rozstrzygnięcie KIO w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

a) naruszenie przepisów o prowadzeniu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 542 ust. 1 w zw. 554 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, dokonanie wadliwej oceny stanu faktycznego polegającej na dowolnym przyjęciu, że:

a) przedstawione w toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego przez Konsorcjum (...) informacje dotyczące doświadczenia M. H. (1) są wiarygodne, odpowiadają realnie wykonywanym czynnościom na konkretnej inwestycji, nie wprowadzają Zamawiającego w błąd i pozwalają na uznanie, iż Konsorcjum (...) spełnia warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy z zebranego materiału dowodowego wynika, iż M. H. (1) nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia, Konsorcjum (...) nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a przedstawione informacje wprowadziły w błąd Zamawiającego;

b) postanowienia SIWZ należy rozumieć w ten sposób, iż inwestycja wykazywana na potrzeby kryterium oceny ofert musi być „dodatkowa” względem kubaturowej inwestycji o określonej wartości wymienionej w warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy inwestycja wykazywana na potrzeby kryterium oceny ofert musi być „dodatkowa” względem wszystkich inwestycji przedstawianych w ramach warunku udziału w postępowaniu.

b) naruszenie przepisów prawa materialnego przepisów ustawy Prawo zamówień Publicznych tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo zaniechał wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania oraz prawidłowo zaniechał uznania oferty Konsorcjum (...) za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum (...) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że Konsorcjum (...) w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo zaniechał wezwania Konsorcjum (...) do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, pomimo że przedstawione przez Konsorcjum (...) wyjaśnienia i dokumenty dotyczące doświadczenia kierownika budowy nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp2004 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający prawidłowo zaniechał wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania oraz zaniechał uznania oferty Konsorcjum (...) za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum (...) nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp2004 poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty Konsorcjum (...) jako najkorzystniejszej oferty oraz prawidłowo zaniechał dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

W oparciu o powyższe, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi w całości i na podstawie art. 588 ust. 2 Pzp orzeczenie co do istoty sprawy i zmianę wyroku poprzez uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu, aby na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp2004 wykluczył z postępowania Konsorcjum (...) i na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp2004 odrzucił ofertę Konsorcjum (...); ewentualnie nakazanie Zamawiającemu, aby na podstawie 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 wezwał Konsorcjum (...) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w zakresie dysponowania osobami posiadającymi wymagane w SIWZ kwalifikacje dla Kierownika budowy; jak również zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów procesu oraz kosztów poniesionych w związku z rozpoznaniem odwołania przez KIO, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, z uwzględnienie kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Ponadto skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- a) stanowisko Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla (...) W. z dnia 8 września 2021 r. wraz z załączoną zanonimizowaną decyzją nr (...) z dnia 13 marca 2012 r. udzielającą pozwolenia na użytkowanie budynku biurowego ((...) w W.) na okoliczność, iż pan M. H. (1) pełnił obowiązki Kierownika budowy od maja 2010 r. do marca 2012 r. tj. do momentu wydania decyzji udzielającej pozwolenia na użytkowanie (Załącznik nr 5 do skargi);
- b) opinii z dnia 26 sierpnia 2021 r. o sygn. (...) Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa na okoliczność, iż funkcja Kierownika budowy kończy się wraz z zakończeniem procesu inwestycyjnego (Załącznik nr 6 do skargi).

Skarżący podniósł, że powołanie ww. dowodów w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (w niniejszej sprawie: przed KIO) nie było możliwe, gdyż dowody te skarżący pozyskał dopiero po wydaniu wyroku przez KIO, tj. po 5 sierpnia 2021 r.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej, oddalenie nowych wniosków dowodowych skarżącego z uwagi na ich spóźniony charakter, jak również zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę wniósł również uczestnik postępowania Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. w S., (...) S.A. w S. wnosząc o oddalenie skargi w całości z uwagi na całkowita bezzasadność podniesionych w niej zarzutów, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia tego pisma na okoliczności w nim wskazane oraz pominięcie wniosków skarżącego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w pkt IV petitum skargi, z uwagi na ich spóźniony charakter lub nieprzydatność w szczególności w świetle art. 381 k.p.c. oraz art. 235² § 1 ust. 3 k.p.c.

Na rozprawie z 8 listopada 2021 r. Zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie 31 sierpnia 2021 r. została zawarta umowa o wykonanie zamówienia publicznego z wykonawcą Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. w S., (...) S.A. w S..

W tym zakresie pełnomocnik skarżącego zmodyfikował żądanie objęte skargą i wniósł o stwierdzenie, że umowa zawarta pomiędzy zamawiającym a konsorcjum (...) jest naruszeniem prawa zamówień publicznych, tj. art. 7 ust. 1 i 3 pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12, 24 ust. 1 pkt 16 i 17, w związku z art. 24 ust. 4., art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Podtrzymał również zarzuty naruszenia przepisów prawa materialnego wskazanych w treści skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz¹ pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy dPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. / art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W ocenie Sądu Okręgowego, skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

W zakresie nowych dowodów należało mieć na uwadze treść art. 381 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 nPzp, zgodnie z którym sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Sąd Okręgowy powołując się na powyższe, oddalił wnioski dowodowe zgłoszone w skardze jako bezprzedmiotowe. Wnioski te były bowiem zarówno spóźnione, ponieważ mogły zostać złożone na etapie postępowania odwoławczego, jak również nieprzydatne. Powołane wnioski zostały złożone celem wykazania okoliczności bezspornych w sprawie, co nie stanowiło konieczności dowodzenia.

Na wstępie zauważyć należało, że w sprawie pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. w S., (...) S.A. w S. została zawarta umowa wykonanie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2-3 nPzp, uwzględniając skargę, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Izba, a aktualnie Sąd, może: unieważnić umowę albo unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy, w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, albo jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, stwierdzić naruszenie przepisów ustawy. Natomiast, po zawarciu umowy nie ma już możliwości oddalenia odwołania od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w takich warunkach w jakich miało to miejsce w przedmiotowej sprawie. Przy czym, zgodnie z art. 582 nPzp, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami, niemniej przyjmuje się, że skarżący może dokonać zmiany przedmiotu żądania w przypadku zmiany okoliczności, stosownie do art. 383 k.p.c. Mając na względzie powyższe orzeczenie, jak i zbieżne z nim poglądy doktryny przyjmując należy, że na skutek zmiany okoliczności faktycznych możliwa jest zatem zmiana wniosku skargi w zakresie żądania wydania jednego z rozstrzygnięć, o których mowa w art. 588 ust. 2 i 3 w zw. z art. 554 ust. 1-3 nPzp. W niniejszej sprawie,

strona skarżąca zmodyfikowała w tym zakresie zarzuty i wnioski skargi. Wobec czego, Sąd Okręgowy jako związany żądaniem skargi, dokonał rozpoznania sprawy z uwzględnieniem przedmiotowych modyfikacji.

Przechodząc do analizy zarzutów skargi wskazać należało, że Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów skargi nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy nPzp). W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym. W szczególności, że w niniejszej sprawie nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że wykonawca Konsorcjum (...) nie wykazała spełnienia wszystkich wymagań zawartych w SIWZ, w tym wymagań dotyczących osoby pełniącej funkcję kierownika budowy. W konsekwencji w sprawie nie sposób było uznać, że wykonawca w tym zakresie wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 dPzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Zgodnie natomiast z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp, z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wzajemna relacja tych przepisów jest bardzo trudna do zdefiniowania w zakresie, w jakim dochodzi w postępowaniu do przekazania nieprawdziwej informacji. W orzecnictwie wskazuje się jednakże, że norma zawarta w pkt 17 w zasadzie konsumuje normę zawartą w pkt 16, a co za tym idzie normę z pkt 16 można pominąć, zgodnie z zasadą *lex consumens derogat legi consumptae* (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 13 września 2019 r., XIX Ga 953/19).

Zauważyć należy, że aby wypełnić hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp, wszystkie przesłanki zawarte w tym przepisie muszą wystąpić łącznie, zaś niewykazanie zaistnienia chociażby jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający nie wykluczając wykonawcy z postępowania nie naruszył przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych (zob. wyroki KIO z: 14 marca 2017 r., sygn. akt 348/17, 12 maja 2017 r., sygn. akt KIO 836/17, 19 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1058/17, 10 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1257/17). W związku z tym zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp wymaga łącznego zaistnienia następujących przesłanek:

1. przedstawienia przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
2. przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
3. informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej Zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło (podobnie: wyrok KIO 2007/17, KIO 2014/17 oraz KIO 185/18). Wskazanie w art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp informacji wprowadzających zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu oznacza, że jest to norma o charakterze generalnym, którą należy wyklądać mając na uwadze systemowo uregulowane zasady prawa zamówień publicznych i każdorazowo oceniać przez pryzmat zaistniałych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zob. wyrok z 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2705/17).

W tym zakresie nie budziło wątpliwości Sądu Okręgowego, że w sprawie nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp, ponieważ wykonawca Konsorcjum (...) nie przedstawił Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistością. W ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem odpowiednio wykwalifikowanym personelem, który skierowany zostanie do realizacji zamówienia. W tym celu w Części III pkt 16 ppkt 2) lit. b) (b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) określono m.in. wymogi dla osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy: (b) Kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa, tj. zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2020.1333 j.t. ze zm). Osoba ta powinna wykazać się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy oraz doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych minimum 70.000.000,00zł brutto.

Doświadczenie kierownika budowy stanowiło jednocześnie kryterium oceny ofert, które Zamawiający opisał w pkt 45 ppkt 3) SIWZ: 60 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 20% » 12 pkt), jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń, która posiada min. pięcioletnie doświadczenie zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami oraz dodatkowo doświadczenie (oprócz doświadczenia wymaganego wg pkt 16.2) b)(b) SIWZ) w realizacji jako kierownik budowy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35.000.000,00 zł brutto. Aby uzyskać dodatkowe punkty w ramach tego kryterium oceny ofert, należało przedstawić dodatkową inwestycję (poza tą, która potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. obiekt kubaturowy o wartości min. 70 000 000,00 zł brutto), która polegała na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto.

Konsorcjum (...), celem wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego kierownika budowy, przedstawiło na to stanowisko M. H. (1), a wraz z nim dwa następujące zadania, które potwierdzać miały jego 5-letnie doświadczenie: „Budowa (...) w W.” oraz „Budowa budynku biurowego (...) w W.”. W tym zakresie w pierwszej kolejności skarżący zakwestionował wykazanie przez wykonawcę jednego z podstawowych warunków, tj. dysponowaniem pięcioletnim doświadczeniem przez zaproponowaną osobę na stanowisko kierownika budowy. Skarżący podniósł, że wykonawca podał w toku postępowania błędne informacje, czym wprowadził Zamawiającego w błąd, skutkiem czego jego oferta powinna zostać odrzucona. Sąd Okręgowy dokonując ponownej analizy akt sprawy uznał jednakże zarzut ten za niezasadny.

W postanowieniach SIWZ Zamawiający jasno wskazał, że wobec osoby pełniącej funkcję kierownika budowy wymagane jest pięcioletnie doświadczenie. Przy czym, w części III -pkt 16. ppkt 2) lit. b) SIWZ Zamawiający zamieścił pouczenie, że przez wymóg posiadania 5-letniego doświadczenia Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej

funkcji odpowiednio kierownika budowy lub kierownika robót specjalności, w której posiada uprawnienia i na wykazie osób podany w miesiącach. Zamawiający wyraźnie zatem przyjął w SIWZ, że poprzez doświadczenie rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji. Przedmiotem warunku udziału nie czynił więc aspektów o charakterze formalnych (jak np. wpis do dziennika budowy lub zgłoszenie do określonego organu), lecz faktyczne pełnienie funkcji, które rozumieć należy jako kierowanie i nadzorowanie prac.

Mając na uwadze powyższe należało więc uznać, że przedstawione przez wykonawcę Konsorcjum (...) doświadczenie M. H. wyrażone poprzez zadania „Budowa (...) w W.” oraz „Budowa budynku biurowego (...) w W.” wypełniało warunek posiadania pięcioletniego doświadczenia. Jak wynikało bowiem ze złożonej oferty, w stosunku do pierwszej budowy M. H. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 07.2013 r. do 10.2015 r., zaś w odniesieniu do drugiej sprawował faktycznie tę funkcję od 06.2010 r. do 07.2013 r., co dawało łącznie 6 lat i 5 miesięcy doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Skarżący zaś na żadnym etapie postępowania nie przedstawił kontrdowodów celem wykazania, że M. H. faktycznie nie sprawował funkcji kierownika budowy w tych okresach.

Wobec czego nie istniały podstawy do uznania, że M. H. nie spełnia minimalnych warunków na stanowisko kierownika budowy. Za takim przyjęciem nie przemawiała również odmienna interpretacja treści postanowień SIWZ przedstawiona przez skarżącego. Co prawda, należy przyznać, że wykładnia zapisów SIWZ przedstawiona w skardze ma umocowanie w przepisach Prawa budowlanego. Jednakże nie może ona zostać uwzględniona w okolicznościach niniejszej sprawy jako zbyt rygorystyczna. Podkreślić bowiem należy, że kształtowanie treści SIWZ należy do uprawnień zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia, a co istotne - za najkorzystniejszą cenę. Narzucenie zamawiającemu konkretnego kryterium byłoby nadmierną ingerencją w sferę jego uprawnień (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r., XXIII Zs 35/21). W przedmiotowej sprawie Zamawiający jasno określił, iż wymaga doświadczenia kierownika budowy od osoby, która faktycznie pełniła tę funkcję w okresie pięciu lat. Liczył się zatem okres faktycznie i realnie wykonywanych zadań zawartych w art. 22 ustawy Prawo budowlane, nie zaś formalny czas trwania budowy (np. do dnia wpisu do dziennika budowy lub zgłoszenia do określonego organu). W ocenie Sądu Okręgowego, wykonawca Konsorcjum (...) wykazał, że M. H. pełnił funkcję kierownika budowy przez ponad pięć lat. Wykonawca w tym zakresie nie wprowadził zatem Zamawiającego w błąd.

Dodatkowo zarzut skarżącego nie zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ jak wynikało z akt sprawy, M. H. (1) pełnił również funkcję kierownika budowy w ramach innej niż podanej w wykazie Inwestycji przy ul. (...)/ (...) w Dzielnicy (...) (...) W.” realizowanej od 08.2016 r. do 07.2017 r., co dawało 12 dodatkowych miesięcy doświadczenia w ramach ww. inwestycji. Powyższe potwierdzało ponadto, że M. H. spełniał wszelkie wymogi Zamawiającego w zakresie doświadczenia jako kierownik budowy, zaś intencją wykonawcy nie było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. W tym zakresie, nie można, zdaniem Sądu Okręgowego, odczytywać poszczególnych postanowień SIWZ w taki sposób, aby utracić z pola widzenia naczelny cel postępowania prowadzonego w oparciu o treść ustawy – Prawo zamówień publicznych, jakim jest umożliwienie zamawiającemu wyboru najlepszej oferty. Nie można zatem dokonywać takiej wykładni postanowień SIWZ odwołujących się pojęć prawnych, skutkiem której warunków udziału w postępowaniu nie spełniałyby oferty odwołujące się do kwalifikacji i doświadczenia zawodowego takich osób, których kwalifikacje lub doświadczenie jest większe niż wprost wynika to z zastosowanych w SIWZ pojęć.

Mając na uwadze powyższe, skoro wykonawca spełnił podstawowy warunek udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy, to w sprawie nie istniała konieczność wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 dPzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 dPzp również nie zasługiwał na uwzględnienie.

W orzecznictwie wskazuje się, że pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez

wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 grudnia 2019 r., KIO 2517/19). W niniejszej sprawie, wbrew twierdzeniom skargi, za wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie sposób było również uznać podania przez Konsorcjum (...) doświadczenia przedstawionego do oceny w ramach kryterium oceny ofert, które było tożsame z doświadczeniem przedstawionym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Jak wskazano powyżej, w ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dysponowaniem odpowiednio wykwalifikowanym personelem, w tym wymogi dla osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy wskazywały na posiadanie pięcioletniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy oraz doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych minimum 70.000.000,00zł brutto. Z kolei w ramach kryterium oceny ofert opisanego w pkt 45 ppkt 3) SIWZ Zamawiający oczekiwał przedstawienia dodatkowego doświadczenia w realizacji inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto. W ocenie skarżącego wykładnia językowa warunku udziału i kryterium oceny ofert nie pozwalały na przedstawienie tej samej inwestycji (która przedstawiana była w celu wykazania warunku udziału odnoszącego się do posiadania 5-letniego doświadczenia zawodowego) w ramach kryterium oceny ofert. Z powyższym nie sposób było się zgodzić.

W zakresie wykładni postanowień SIWZ kluczowym była ocena, jakie znaczenie Zamawiający nadał wymogom określonych po słowie „dodatkowo”, które zostało użyte w pkt 45 ppkt 3) SIWZ (kryteria oceny ofert). Analiza postawionych wymagań prowadziła do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający w sposób precyzyjny nakreślił, co jest źródłem dodatkowych punktów - 1 dodatkowa inwestycja polegająca na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto. Analiza wskazanego fragmentu SIWZ nakreślającego zasady uzyskania dodatkowych punktów przez wykonawcę prowadziła zatem do wniosków, że wymagane przez Zamawiającego było jedynie przedstawienie doświadczenia w realizacji zadania, które cechowałoby się określonymi parametrami. Źródłem uzyskania dodatkowych punktów nie było wykazanie się dłuższym niż pięcioletnie doświadczenie zawodowe, a wyłącznie doświadczenie przy realizacji konkretnego obiektu kubaturowego.

Zaś dla spełnienia warunku udziału niezbędne (a jednocześnie wystarczające) było przedstawienie jednego zadania, które spełni wymagania dotyczące parametrów budowanego obiektu (obiekt kubaturowy o określonej wartości robót). Treść warunku udziału nie wskazywała natomiast, by pięcioletnie doświadczenie kierownika budowy musiało być zdobywane w ramach kierowania pracami przy zadaniach o określonych parametrach (np. w zakresie wartości inwestycji). Wykonawcy mieli swobodę w wykazywaniu skompletowania przez kierownika budowy pięcioletniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych innych ograniczeń, co oznaczało, że wykonawcy mogli do tego pięcioletniego doświadczenia zaliczać to zdobyte w ramach inwestycji spełniającej wymogi w zakresie kubatury i wartości. Wskazać przede wszystkim należy, iż zamawiający nie wprowadził ograniczenia w postaci przedstawienia zadania o określonych parametrach jednocześnie w ramach spełnienia warunku, a następnie w ramach kryterium oceny ofert, co więcej zamawiający w treści kryterium ocen nie wymagał przedstawienia doświadczenia dłuższego ponad 5 – letnie. W istocie rzeczy dokonana przez skarżącego wykładnia SIWZ prowadzi do skonstruowania warunków, które z niej nie wynikają, albowiem rozumowanie skarżącego prowadziłoby do wniosku, iż wykonawca celem uzyskania dodatkowych punktów zobligowany byłby do przedstawienia dłuższego doświadczenia, aniżeli to 5 letnie. Wobec powyższego zamawiający wskazując na słowo - „, dodatkowo# miał na myśli li tylko inwestycje kubaturową o wartości min. 35.000.000, zaś z literalnego brzmienia SIWZ absolutnie nie wynika, aby zamawiający wprowadził jakiegokolwiek ograniczenie, polegające na zakazie

jednoczesnego przedstawienia w ramach kryterium ocen, inwestycji która dowodziłaby jednocześnie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania 5 – letniego doświadczenia zawodowego.

Stąd odmienna interpretacja zapisów SIWZ prowadzona przez skarżącego nie zasługiwała na uwzględnienie. W szczególności, że wykładnia kryterium oceny ofert skarżącego, w istocie zmuszałaby wykonawców do wykazywania okoliczności niewyartykułowanych wprost w treści analizowanych postanowień. Zamawiający wprost bowiem wskazał, że oczekuje dodatkowego doświadczenia zawodowego w realizacji konkretnego obiektu kubaturowego, a nie doświadczenia zawodowego, które potwierdzałoby, że kierownik budowy posiada dłuższe niż 5-letnie doświadczenie zawodowe. Zatem nie można było stwierdzić, aby wpisanie przez Konsorcjum (...) doświadczenia zawodowego M. H. w powołany sposób mogło mieć na celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wypełniało przesłanki do odrzucenia jego oferty.

Zwłaszcza, że nawet w przypadku istnienia wątpliwości co do treści zapisów SIWZ, nie można odczytywać poszczególnych postanowień SIWZ na niekorzyść wykonawców. W nauce prawa, a także w orzecznictwie ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli SIWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17; wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15). Tym samym, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji (Komentarz do ustawy P.z.p. – Stefan Babiarz i inni wyd. LexisNexis). W sprawie literalna wykładnia zapisów SIWZ prowadziła do wniosku o możliwości przedstawienia przez wykonawcę doświadczenia osoby powołanej na stanowisko kierownika budowy do oceny w ramach kryterium oceny ofert tożsamego z doświadczeniem przedstawionym na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji, takie przedstawienie doświadczenia zawodowego M. H. przez wykonawcę nie mogło stanowić podstawy do odrzucenia oferty jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wykonawca ma wykazać spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. W niniejszej sprawie, jak wskazano powyżej analiza treści przedmiotowych postanowień SIWZ pozwala na stwierdzenie że wykonawca – konsorcjum (...) wykazał spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, kwalifikacji zawodowych oraz przedstawił dodatkowo inwestycję do oceny doświadczenia osoby przedstawionej jako kierownik budowy w obiekcie kubaturowym o wymaganej wartości określonej kwotą minimalną, dla potrzeb ustalenia i oceny oferty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Dlatego też nie istniały przesłanki do odrzucenia jego oferty. Zarzuty skargi w tym zakresie okazały się bezzasadne.

Na marginesie nadmienić należy, że zarzuty naruszenia prawa materialnego nie zasługiwały również na uwzględnienie, ponieważ zostały wadliwie skonstruowane. Skarżący w punktach II.1 – II.4 skargi nie podnosi zarzutów dotyczącego błędnej interpretacji, niewłaściwego zastosowania lub niezastosowania przez Krajową Izbę Odwoławczą określonych przepisów prawa materialnego w zaskarżonym wyroku, mających istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy lub też niewłaściwego ustalenia stanu faktycznego sprawy. W istocie skarżący w powołanych punktach skargi odnosi się wyłącznie do czynności podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe nie podlega zaś ocenie Sądu Okręgowego.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. W odniesieniu do pozostałych zarzutów skargi podnieść należy, iż KIO wszechstronnie i należyście przeanalizowała materiał dowodowy zgromadzony w sprawie i odniosła się szczegółowo do wszystkich dowodów, które miały wpływ na wydanie rozstrzygnięcia w sprawie,

a ponadto wyjaśniła wszelkie wątpliwości co do okoliczności sprawy. W konsekwencji, w sprawie nie zaistniały przesłanki do uznania zawartej pomiędzy wykonawcą Konsorcjum (...) a Zamawiającym umowy o wykonanie zamówienia publicznego za nieważną. Skarga podlegała zatem oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w pkt 1. wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 nPZP oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 nPZP, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący (...)S.A. przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był skarżący. W niniejszym postępowaniu przeciwnikiem skargi był zamawiający. Dlatego na jego rzecz należało zasądzić przedmiotowe koszty od skarżącego. Dodatkowo na rzecz przeciwnika skargi należało zasądzić kwotę 17 zł tytułem opłaty za pełnomocnictwo udzielone pełnomocnikowi w toku postępowania skargowego.

sędzia Renata Puchalska