

Sygn. akt: KIO 2552/19

## WYROK

z dnia 31 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, z siedzibą w Warszawie, ul. P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa i **Rover Infraestructuras Spółka Akcyjna** z siedzibą w Walencji, ul. Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencja, Hiszpania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna**, w imieniu której postępowanie prowadzi Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-852 Gdańsk

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "Rajbud" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Szymbarku, ul. Szymbarskich Zakładników 22, 83-315 Szymbark, **TORHAMER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Gdyni, ul. Mściwoja 9/U5, 81-361 Gdynia, **Komunikacyjne Zakłady Automatyki Trans-Tel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Pobiedziskach, ul. Poznańska 68A, 62-010 Pobiedziska zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie unieważnionych przez Zamawiającego czynności i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia:
  - 1.1. zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,
  - 1.2. aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 26 września 2019 r.;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu której występuje PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Region Północny z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 Gutkowo - Braniewo” na odcinku Gutkowo - Dobre Miasto”, nr referencyjny 9090/IREZA2/17022/04579/19/P (dalej: „Postępowanie”). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2019 r. pod numerem 2019/S 149-368210.

Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu zaproszenia do aukcji oraz unieważnieniu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 26 września 2019 r. W dniu 16 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras S.A. z siedzibą w Walencji, Hiszpania (dalej łącznie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj.:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 26 września 2019 r.;
- 2) uznania za zasadne odjęcia Odwołującemu punktów z tytułu doświadczenia Pana M. K., predestynowanego w ofercie Odwołującego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ocenę oferty Odwołującego w zakresie kryterium odnoszącego się do doświadczenia Kierownika Budowy w sposób odbiegający od treści tego kryterium,
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, gdy tymczasem Zamawiający, unieważniając przeprowadzoną aukcję elektroniczną, powinien jednocześnie unieważnić postępowania, powtórzenie aukcji nie jest bowiem możliwe;

a w konsekwencji powyższego:

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności poprzez:
- zmianę interpretacji kryterium oceny ofert w trakcie trwania Postępowania;
  - interpretację niejednoznacznych postanowień Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW”) w sposób niekorzystny dla wykonawcy (tj. z naruszeniem obowiązującej na gruncie Pzp reguły *in dubio contra proferentem*).

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
- 2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
  - unieważnienia czynności unieważnienia zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 26 września 2019 r.;
  - uznania, że doświadczenie Pana M. K., zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap II spełnia wymagania, o których mowa w pkt. 20.7.2 IDW dla Kierownika Budowy;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Na potwierdzenie zachowania terminu do wniesienia odwołania, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż te wymienione w art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (a z taką czynnością mamy do czynienia) wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Biorąc pod uwagę, że w treści wspomnianego pisma Zamawiający zajął jednoznaczne stanowiska odnośnie braku możliwości przyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego z tytułu doświadczenia Pana M. K. (i z tego powodu unieważnił aukcję) oraz z uwagi na fakt, że ustawa Pzp nie przewiduje konieczności powzięcia odrębnej czynności, w której punkty te zostaną odebrane, zasadne jest wnoszenie odwołania na obecnym etapie, tj. w terminie liczonym od czynności określonych w piśmie z dnia 5 grudnia 2019 r.

Wskazując w uzasadnieniu odwołania istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego, Odwołujący podał m.in., iż zgodnie z postanowieniem pkt. 20.7.2 IDW Zamawiający przewidział, że z tytułu doświadczenia personelu wykonawcy możliwe będzie przyznanie

dodatkowych punktów. Odwołujący wskazał w swojej ofercie, jako osobę predestynowaną do pełnienia funkcji Kierownika budowy, Pana M. K. Inwestycją, którą Odwołujący wskazał, jako spełniającą powyższy wymóg kryterium była inwestycja pn. „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce - Terespol, etap II (dalej: „Inwestycja”). W Wykazie osób składanym na potrzeby kryterium oceny ofert (załącznik nr 8 do IDW) Odwołujący wskazał, że Pan K. zajmował w ramach Inwestycji stanowisko Kierownika robót w okresie od marca 2014 r. do kwietnia 2016 r. (tj. przez 26 miesięcy). Pismem z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując m. in., że Pan K., jak wynika z ustaleń Zamawiającego w oparciu o dzienniki budowy, pełnił funkcję Kierownika robót w okresie od marca 2014 r. do 30 czerwca 2015 r. (a więc nie pełnił jej od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 roku). W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 20 września 2019 r. Odwołujący ponownie oświadczył, że Pan M. K. zajmował stanowisko Kierownika robót w ramach Inwestycji w okresie od marca 2014 r. do kwietnia 2016 r. oraz załączył: świadectwo pracy wystawione przez wykonawcę realizującego Inwestycję (Vias Y Construcciones S.A. Oddział w Polsce), które potwierdzało powyższe daty, oświadczenie Pana K. z dnia 1 kwietnia 2014 r. o przejęciu obowiązku kierowania robotami budowlanymi w ramach Inwestycji i oświadczenie Inspektora Nadzoru Pana M. K. z dnia 18 września 2019 r., w którym również potwierdzone zostało zajmowanie przez Pana K. stanowiska we wskazanym powyżej okresie. W dniu 23 września 2019 r. Zamawiający skierował do wykonawców zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. W treści pisma Zamawiający przedstawił klasyfikację wykonawców wraz ze szczegółową punktacją ofert. Z pisma jednoznacznie wynikało, że Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego, przyznał mu bowiem punkty należne za dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy. W dniu 26 września 2019 r. przeprowadzona została aukcja elektroniczna, w wyniku której ofertą najwyżej ocenioną była ta złożona przez Odwołującego (pismo z dnia 27 września 2019 roku). Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu aukcji. Jako przyczynę wskazał, że dnia 3 grudnia 2019 r. wpłynęła do niego informacja, która skutkować powinna odjęciem punktów Odwołującemu. Tego samego dnia Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo, w którym wskazał, że 3 grudnia 2019 r. otrzymał od Pana M. K., pełniącego funkcję Inspektora Nadzoru w Inwestycji, autora oświadczenia, które Odwołujący załączył do wyjaśnień składanych we wrześniu 2019 r., korektę oświadczenia, z której wynikało, że przy sporządzaniu oświadczenia na temat zaangażowania Pana K. w Inwestycję „został wprowadzony w błąd Świadectwem pracy wystawionym przez VIAS Y CONSTRUCCIONES Oddział w Polsce”. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że krótszy niż przypisany przez Odwołującego Panu K. czas zajmowania stanowiska Kierownika robót w ramach Inwestycji wynika z dziennika budowy, znajdującego się w posiadaniu Zamawiającego. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia tej okoliczności. Pismem z dnia 11 grudnia 2019 r.

Odwołujący przesłał Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia. Do momentu złożenia odwołania Zamawiający nie ustosunkował się do złożonych wyjaśnień.

W uzasadnieniu zarzutu wadliwej interpretacji kryterium oceny ofert prezentowanej przez Zamawiającego, Odwołujący wskazał, iż w pierwszej kolejności wyłożenia wymaga treść pkt 20.7.2 IDW odnosząca się do doświadczenia Kierownika budowy i podkreślił, że nie wie, jakie jest ostateczne stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, co wynika z tego, że Zamawiający: (i) zmodyfikował fundamentalnie swój pogląd w zakresie oceny doświadczenia Pana K., (ii) nie zaprezentował w żadnym z pism jednoznacznego, przyjętego przez siebie, sposobu rozumienia pkt 20.7.2 IDW, co więcej, złożone przez Zamawiającego pisma zawierają sprzeczne informacje. Bezsporne jest jedynie, że przedmiotem wątpliwości Zamawiającego i źródłem zaistniałego sporu jest ten fragment pkt. 20.7.2 IDW, który wymaga, aby Kierownik budowy miał 24 miesięczne doświadczenie na każdej wykazywanej inwestycji. Odwołujący zaproponował do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana M. K., wskazując na jego doświadczenie zdobyte w ramach Inwestycji. Odwołujący niezmiennie, począwszy od etapu przygotowania oferty, przez pierwsze wyjaśnienia (złożone we wrześniu 2019 r.), aż po wyjaśnienia z 11 grudnia 2019 r., prezentował stanowisko, zgodnie z którym Pan K. zdobył 26 miesięczne doświadczenie w ramach Inwestycji. U podstaw stanowiska Odwołującego stała wykładnia wymogu z pkt. 20.7.2. IDW, zgodnie z którą 24 miesięczne doświadczenie nie musi w pełnym zakresie znajdować potwierdzenia w dziennikach budowy. Zdaniem Odwołującego wystarczające jest bowiem, aby osoba ta nabyła faktyczne doświadczenie w ramach wykazywanej inwestycji. Wymóg ten, zatem należało wyklądać jako realne, faktyczne, znajdujące potwierdzenie w dokumentach, zaangażowanie w realizowaną inwestycję. Dopisek, którym w nawiasie posłużył się Zamawiający - „(w rozumieniu ustawy Prawo budowlane)” - rozumiany był przez Odwołującego jako obowiązek wykazania, aby dana osoba spełniła wymogi pełnienia samodzielnej funkcji w budownictwie, tj. była wpisana do dziennika budowy oraz zgłoszona do Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Wszystkie, te wymogi w odniesieniu do Pana K. pozostawały spełnione. Interpretacja, którą przyjął Odwołujący była uzasadniona w świetle brzmienia analizowanego wymogu. W treści IDW (zarówno w opisie warunków udziału, jak i w kryteriach oceny) Zamawiający, odnosząc się do doświadczenia personelu kierowniczego, konsekwentnie posługuje się pojęciem „stanowisko”. Tymczasem ustawa Prawo budowlane mówi o samodzielnych „funkcjach” w budownictwie (a nie „stanowiskach”). W pkt 20.7.2 IDW Zamawiający wskazuje zamiennie na oba te pojęcia, stwierdzając: „za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych poniżej” - odnosząc się do realizacji przyszłego zamówienia Zamawiający wskazuje na pełnienie „funkcji”, co jest zrozumiałe, biorąc pod uwagę, że bada doświadczenie przyszłego personelu kierowniczego, który sprawował będzie „funkcje” w rozumieniu Prawa budowlanego oraz „nabył co najmniej

24 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku” - odnosząc się do nabytego doświadczenia Zamawiający nie wskazuje już na „funkcje”, lecz mówi o „stanowisku”. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący mógł przyjąć wykładnię zaprezentowaną powyżej. Działał bowiem w zaufaniu do Zamawiającego, który jest podmiotem profesjonalnie trudniącym się udzielaniem zamówień. Zatem rozróżnienie pojęciowe, przyjęte przez Zamawiającego, zostało uwzględnione przez Odwołującego. Gdyby bowiem Zamawiającemu w obu przytoczonych fragmentach w istocie chodziło o to samo, to posługiwanie się dwoma odrębnymi pojęciami („funkcja” i „stanowisko”) byłoby niezrozumiałe i nieuzasadnione.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie przywołał wyrok Izby z dnia 26 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1271/5, gdzie znajduje się stwierdzenie: „(...) stanowisko kierownika robót/budowy przypisane w umowie o pracę nie jest tożsame z funkcją kierownika budowy/robót określoną w ustawie Prawo budowlane, która to ustawa wymaga przypisania osoby z powierzoną funkcją do danej budowy (inwestycji), i która, jako osoba uprawniona, świadoma odpowiedzialności zawodowej i karnej wynikającej z posiadanych uprawnień i niewywiązywania się z przewidzianych prawem obowiązków, podlega zgłoszeniu właściwemu organowi (odpowiednio art: 18, art. 41 ust. 4, art. 42 ust. 2, art. 44). (...) W tym przypadku Izba nie mogła wykluczyć, że powoływanie się na doświadczenie kandydata do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych było podyktowane błędną interpretacją wymagania określonego w specyfikacji, jako trzy letnie "doświadczenie zawodowe na stanowisko kierownika budowy lub kierownika robót w zakresie sieci wodociągowych i kanalizacyjnych podczas, gdy przepisy prawa budowlanego stanowią o pełnieniu funkcji (vide: art. 45 ust 5 ustawy Prawo budowlane), czy też o sprawowaniu kierownictwa robót (vide: § 6 ust. 2 rozporządzenia ministra infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu, rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia)". Zamawiający posługuje się oboma pojęciami w sposób konsekwentny. Sformułowanie „stanowisko” pojawia się zarówno w postanowieniu IDW dotyczącym warunku (pkt 8.6.2 IDW) jak i kryterium (pkt 20.7.2 IDW). Posłużenie się w odniesieniu do zdobytego doświadczenia pojęciem „stanowisko” wcale nie oznacza, że osoba proponowana do pełnienia kierowniczej roli (funkcji) w procesie budowlanym może legitymować się doświadczeniem, które nie licuje z zakresem obowiązków, jakie zostaną jej powierzone. Taka wykładnia jest w opinii Odwołującego nielogiczna.

Odwołujący oświadczył, że opracowując ofertę na potrzeby Postępowania niezmiennie zakładał, że posłużenie się przez Zamawiającego w opisie wymaganego doświadczenia słowem „stanowisko”, w żaden sposób nie wpływa na wymagany zakres doświadczenia, który w swej istocie sprowadza się do udziału, jako kierownik budowy/kierownik robót przy inwestycji

o określonych parametrach. Tak zdobyte doświadczenie powinno być przedmiotem oceny Zamawiającego w kontekście wymogów postawionych w IDW. Inwestycja realizowana była w oparciu o procedurę zgłoszeniową (zgłoszenie robót budowlanych), w związku z tym wykonawca ją realizujący nie miał obowiązku formalnego zatwierdzania kierownika robót. Brak formalnego zatwierdzania Kierownika robót skutkowało brakiem obowiązków wpisów do dziennika budowy, co z kolei jednoznacznie dowodzi, że możliwe było uzyskanie doświadczenia w sposób inny niż jedynie poprzez dokonywanie wpisów do dziennika budowy. Odwołujący podał, że w wyroku z dnia 3 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1525/12 Izba zajęła stanowisko w analogicznej sprawie w następujący sposób: „Jeśli zamawiający oczekiwał wykazania doświadczenia kierownika budowy wyłącznie w oparciu o dokonane wpisy w dzienniku budowy, to winien wyrazić to w SIWZ w sposób jednoznaczny (...) W tym zakresie izba stoi na stanowisku, że dla nabycia wiedzy i doświadczenia w określonej dziedzinie konieczne jest pełnienie przez osobę mającą określone kwalifikacje/uprawnienia, danej funkcji w określonym czasie. Żaden przepis prawa budowlanego nie wymaga, aby zaistniał trzeci element tzn., aby dla uznania posiadania doświadczenia niezbędne było pełnienie danej funkcji w oparciu o wpis do dziennika budowy. Wpis do dziennika budowy może służyć tylko do wykazania w sposób pewny, że dana osoba w określonym czasie, pełniła wskazaną w nim funkcję (...) Dlatego też za nieuzasadnione należy uznać żądanie Zamawiającego-sprecyzowane w tym zakresie dopiero na etapie oceny ofert, aby wykazywanie pełnienia funkcji kierownika robót następowało wyłącznie za pomocą dziennika robót, wykluczając tym samym możliwość skorzystania przez wykonawców z innych dokumentów związanych z procesem budowlanym”. O tę samą okoliczność pytał Wykonawcę pismem z dnia 18 września 2019 r., poddając w wątpliwość w oparciu o posiadane dzienniki budowy posiadane przez p. M. K. 26-miesięczne doświadczenie na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) zdobyte w ramach Inwestycji i wskazując, że był także odbiorcą wykazywanej roboty, a zatem swoją wątpliwość powziął po weryfikacji dokumentów posiadanych przez siebie tj. dziennika budowy prowadzonego dla Inwestycji. Zamawiający przeprowadzając procedurę wyjaśniającą we wrześniu 2019 r.: posiadał dzienniki budowy Inwestycji; badał doświadczenie Pana K. zdobyte w związku z Inwestycją w oparciu o dziennik budowy i uznał wówczas, że Odwołującemu należy przyznać dodatkowe punkty w związku z doświadczeniem Pana K., a więc, że zdobył on w ramach Inwestycji doświadczenie, o którym mowa w pkt. 20.7.2 IDW. Z przywołanego dziennika budowy w sposób jednoznaczny wynika, że Pan K. wpisywał się do niego w okresie marzec 2014 r. - 30 czerwca 2015 r. Gdyby Zamawiający od początku prezentował stanowisko, zgodnie z którym kluczowe w kontekście uzyskania dodatkowych punktów jest zdobycie 24 miesięcznego doświadczenia potwierdzonego wpisem do dzienników budowy, to już we wrześniu Zamawiający powinien uznać, że Pan K. wymogu tego nie spełnia. Tymczasem Zamawiający podzielił stanowisko

Odwołującego, zgodnie z którym kluczowe znaczenie mają nie wpisy do dziennika budowy, a faktycznie nabyte doświadczenie w toku realizacji danej Inwestycji.

Następnie Odwołujący podniósł, iż jak wskazuje Zamawiający w piśmie uzasadniającym unieważnienie aukcji oraz wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 5 grudnia 2019 r. powodem jego decyzji była informacja, która wpłynęła do niego dnia 3 grudnia 2019 r. Informacją tą było oświadczenie Pana K., który stwierdził, że przy sporządzaniu oświadczenia dla Pana M. K. został wprowadzony w błąd Świadectwem pracy wystawionym przez VIAS Y CONSTRUCCIONES Oddział w Polsce. Powyższe, w ocenie Odwołującego, dowodzi braku logiki w działaniach Zamawiającego. Z jednej strony wskazuje on bowiem, że krótszy okres zaangażowania Pana K. wynika z dzienników budowy, z drugiej stwierdza, że decydujące znaczenie ma dla niego oświadczenie Inspektora Nadzoru. Tymczasem, jeśli opierałby się na dziennikach budowy, to już we wrześniu powinien uznać, że Pan K. nie ma wymaganego doświadczenia. Jeśli natomiast twierdziłby, że chodzi o faktycznie nabyte doświadczenie, niekoniecznie potwierdzone wpisami do dziennika budowy, to powoływanie się na dzienniki budowy nie miałyby żadnego sensu. Skoro jednak za okoliczność kluczową Zamawiający uznaje korektę stanowiska Pana K., to Odwołujący zwrócił uwagę, że nie są mu znane okoliczności wydania przez Inspektora Nadzoru p. M. K. korekty oświadczenia z dnia 3 grudnia 2019 r. i wyjaśnił, że oświadczenie p. M. K. z dnia 18 września 2019 r. nie zostało wydane przez rzekome wprowadzenie p. K. w błąd, a przynajmniej nie uczynił tego Odwołujący. Z treści wiadomości e-mail z dnia, 3 grudnia 2019 r. od p. M. K. wynikać miałyby, że rzekomy błąd wynikał z oparcia oświadczenia na przedstawionym Świadectwie Pracy - choć wedle wiedzy Odwołującego, składając oświadczenia z dnia 18 września 2019 r. p. M. K. nie miał wglądu do Świadectwa pracy p. M. K. Co więcej z tego dokumentu nie wynika, w jaką inwestycję p. M. K. był zaangażowany - wobec czego wiedzę o faktycznym pełnieniu funkcji Kierownika robót przez p. M. K. musiał posiadać z innych źródeł. Po drugie oświadczenie Inspektora Nadzoru p. M. K. z dnia 18 września 2019 r. jest w pełni zgodne z obiektywnym stanem rzeczy tj. z obecnością i aktywnym pełnieniem obowiązków Kierownika robót przez p. M. K. na Inwestycji we wskazanym przez Odwołującego okresie. Odwołujący stanowczo oświadczył, że nie posiada żadnej wiedzy na temat wprowadzenia Pana K. w błąd.

Nawet jednak nie znając motywów, którymi kierował się Pan K. zmieniając swoje oświadczenie, warto zdaniem Odwołującego zauważyć, że przyczyna tej sytuacji może być dość łatwa do wyjaśnienia. Jeśli bowiem Pan K. w pierwszym oświadczeniu uwzględnił faktyczne zaangażowanie Pana K. w realizację Inwestycji, a w drugim wpisy do Dziennika Budowy, to okaże się, że oba oświadczenia są prawdziwe. Źródłem tego zamieszania jest niejednoznaczne brzmienie IDW (trudno wymagać od osoby niezaangażowanej w Postępowanie, aby podejmowała się wykładni treści IDW). Zatem, w zależności od tego jak

rozumie się pkt 20.7.2 IDW, tak oba oświadczenia Pana K. mogą być prawdziwe. Na marginesie Odwołujący nadmienił, że Pan K. jest ściśle powiązany z Zamawiającym (uczestniczy w realizacjach inwestycji z ramienia Zamawiającego), zatem zmiana stanowiska może być podyktowana troską o interes podmiotu, który reprezentuje. Jeśli jednak Zamawiający właśnie na podstawie korekty oświadczenia Pana K. podejmuje tak daleko idące decyzje, to Odwołujący uznaje za konieczne wykazanie, że Pan K. się myli, a Pan K. pełnił funkcję Kierownika robót w ramach Inwestycji do kwietnia 2016 r. O obiektywnie rzeczywistym zaangażowaniu p. M. K. w realizację Inwestycji po czerwcu 2015 r. świadczą między innymi protokół z rozliczenia materiałów nawierzchniowych przekazanych przez wykonawcę robót modernizacji linii E20 do ISE Siedlce, który został spisany w dniu 3 lipca 2015 r. (zał. nr 1 do pisma Odwołującego z dnia 11 grudnia 2019 r.) oraz oświadczenie p. P. M. z dnia 27 września 2019 r., który pełnił funkcję Kierownika robót torowych na ww. inwestycji od lipca 2015 r. do grudnia 2016 roku. Z oświadczenia tego jednoznacznie wynika, że w okresie od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 r. p. M. K. pełnił razem z p. P. M. obowiązki Kierownika robót w ramach ww. inwestycji (zał. nr 2 do pisma Odwołującego z dnia 11 grudnia 2019 roku). Fakt wynikający z powyższych dokumentów tj. rzeczywiste pełnienie obowiązków Kierownika robót przez p. M. K., potwierdzony jest również przedłożonymi Zamawiającemu w ramach wyjaśnień z dnia 20 września 2019 r. dokumentami tj. Świadectwem Pracy p. M. K. wystawionym w kwietniu 2016 r. przez wykonawcę; Inwestycji tj. spółkę Vias Y Construcciones S.A. Oddział w Polsce, z którego wynika, że p. M. K. był zatrudniony na stanowisku Kierownika robót w okresie od marca 2014 r. do kwietnia 2016 r. oraz jednoznacznym oświadczeniem p. M. K. z dnia 18 września 2019 roku. W dalszej kolejności Odwołujący zauważył, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wszelkie wątpliwości interpretacyjnie odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert powinny być rozstrzygane na podstawie wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawcy. (por. wyroki Izby z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1525/15, z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1095/10, z dnia 21 stycznia 2011 r., sygn. akt 26/11, z dnia 29 sierpnia 2008 r., sygn.. akt KIO/UZP 844/08, z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2863/13, wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 28 września 2005 r., sygn. akt I Ca 29/05). Nie jest dopuszczalne zawężające uszczegółowienie treści warunku czy kryterium w ramach wykładni celowościowej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia podczas badania i oceny ofert w celu doprowadzenia do wyeliminowania wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne (por. wyroki KIO z dnia 30 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 72/09 i z dnia 26 lipca 2011 r., sygn.. akt KIO 1528/11). Nadto jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 14 marca 2014 r. sygn. akt KIO 395/14: "Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy wybrać

ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.” W ocenie Odwołującego, uwzględniając, że wykonawcy mieli prawo przyjąć odmienną od tej prezentowanej przez Zamawiającego wykładnię kryterium, obowiązkiem Zamawiającego było zaakceptowanie wykładni odmiennej od własnej, a zgodnej z zamysłem Odwołującego (w myśl zasady *in dubio contra proferentem*). Istotne w kontekście oceny zaistniałej sytuacji jest również to, że Zamawiający przez cały czas dysponował dziennikiem budowy, mógł zatem w prosty sposób zweryfikować doświadczenie Pana K. i wyciągnąć z tego odpowiednie wnioski. Okoliczność ta dowodzi również braku złej woli (np. polegającej na próbie wprowadzenia Zamawiającego w błąd) po stronie Odwołującego. Odwołujący od momentu złożenia oferty liczył się z tym, że Zamawiający zweryfikuje twierdzenia zawarte w dokumentach składanych wraz z ofertą. Tak się zresztą stało, czego dowodzi pierwsza, rozstrzygnięta na korzyść Odwołującego, procedura wyjaśniająca. Wskazując (w treści wezwania z dnia 5 grudnia 2019 r.) na dziennik budowy odnoszący się do Inwestycji, Zamawiający zdaje się przywiązywać kluczową wagę do tego właśnie dokumentu. Z drugiej strony jest to o tyle nielogiczne, że dziennikiem tym dysponował przez cały czas, również wtedy, gdy akceptował pierwsze złożone przez Odwołującego wyjaśnienia z września 2019 roku.

Przyjmując z ostrożności, że wniosek o niespełnieniu wymogu, o którym mowa w pkt 20.7.2 IDW przez Pana K. Zamawiający buduje w oparciu o dzienniki budowy z Inwestycji, Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego jest błędne, a wyznacznikiem nabytego doświadczenia nie są wpisy do dzienników budowy. Powszechnie spotykaną praktyką jest realizacja kontraktów budowlanych przy wsparciu kadry kierowniczej (w tym kierowników robót), których wpisy nie widnieją w dzienniku budowy. Z przepisów prawa powszechnie obowiązującego nie wynika, iż doświadczenie kierownika robót uzyskać można tylko poprzez udział w inwestycji związany z dokonywaniem wpisów do dziennika budowy. Nie wynika to z art. 45 ust. 4 Prawa budowlanego. Przepis ten formułuje spoczywający na inwestorze obowiązek ustanowienia kierownika robót w danej specjalności. Stanowi on gwarancję realizacji robót budowlanych pod nadzorem wykwalifikowanej osoby. Norma ta nie odnosi się jednak w żaden sposób do procesu realizacji inwestycji budowlanej. Sprostanie wymogowi określönemu tym przepisem nie pozbawia możliwości jej prowadzenia w sposób zgodny z praktyką danego wykonawcy czy też dostosowany do skali i stopnia skomplikowania inwestycji. Odnosi się to również wprost do możliwości ustanawiania innych kierowników robót (wykraczających poza ustawowe minimum). Konsekwencją wywiązania się przez inwestora z powyższego wymogu jest dołączenie do zawiadomienia, o którym mowa w art. 41 ust. 4 pkt 1 Prawa budowlanego, kierowanego do organu nadzoru budowlanego, oświadczenia kierownika robót. Również ten przepis wyznacza jedynie ustawowe minimum, nie statuuje jednak braku możliwości ustanawiania kierowników robót w liczbie to minimum przekraczającej. Niezależnie

od tego Odwołujący podkreśla, że wymóg ten wskazuje na kierownika robót subsydiarnie (pierwszeństwo ma oświadczenie kierownika budowy, którego złożenie wyłącza analogiczny obowiązek po stronie kierownika robót). Wynikający z art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego wymóg w postaci wpisania do dziennika budowy przed rozpoczęciem robót osób, którym zostało powierzone kierownictwo robót budowlanych (oraz obowiązek potwierdzenia przyjęcia tych funkcji) również nie wyklucza rozszerzenia kadry kierowniczej (analogicznie traktować należy obowiązki informacyjne, o których mowa w § 6 ust. 2 i 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia). Konsekwencją tego jest to, że kadry kierownicze odpowiedzialne za realizację skomplikowanych inwestycji budowlanych są znacznie bardziej rozbudowane niż wskazywać by mogła lektura dzienników budowy. Oczywiście jest, że w pierwszej kolejności wykonawca sprostać musi ustawowym wymogom w zakresie dysponowania osobami uprawnionymi do nadzorowania prac określonego rodzaju. Te osoby wpisywane są do dziennika budowy i zgłaszane do właściwego organu nadzoru. Jednakże w zdecydowanej większości przypadków nie są jedynymi, którym przypisane są kierownicze i nadzorcze obowiązki. Liczba osób, którym w toku realizacji inwestycji przyznane jest stanowisko kierownicze jest pochodną wielu czynników, jednak za te o szczególnie istotnym znaczeniu uznać należy stopień skomplikowania i zakres inwestycji. Nie jest możliwe, aby w przypadku inwestycji kolejowych czy drogowych, w toku których budowane/ remontowane jest np. kilkanaście km drogi czy linii kolejowej, funkcję kierownika robót pełniła jedna osoba. Dlatego też stanowisko to powierza się liczniejszemu gronu kierowników, którzy odpowiedzialni są za określony odcinek prac bądź przedmiot robót. W efekcie realizacja wielu inwestycji kolejowych zleczanych przez PKP PLK prowadzona jest pod dyktando szeregu osób tworzących kadrę kierowniczą. Jedynie część tych osób widnieje w dzienniku budowy.

Na potwierdzenie swojego stanowiska w tym zakresie Odwołujący przywołał wyrok z dnia 9 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 405/10 w którym Izba stwierdziła: *„Przepisy p.b. nie nakazują ustanawiania przy realizacji każdej z budowli zarówno kierowników budowli; jak i kierowników robót w poszczególnych branżach. Z uwagi na charakter inwestycji oraz wymagania inwestora, zdarza się, że osoby wykonujące obowiązki kierowników robót branżowych nie są ujawniane w dzienniku budowy, mimo że faktycznie są czynne w procesie inwestycyjnym”*. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 19 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 461/10: *„Z przepisów art. 42 ust 4 i art. 45 ust 2 p.b. nie wynika niedopuszczalność uzyskania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika określonych robót bez wpisu w dzienniku budowy. Jak również brak możliwości pełnienia funkcji kierownika robót przy braku takiego wpisu w dzienniku budowy”*. W orzeczeniu z dnia 9 kwietnia 2010 r. o sygn.

KIO/UZP 461/10 Izba podkreśliła, że z punktu widzenia doświadczenia nabytego przy realizacji zamówienia sam wpis do dziennika budowy nie ma znaczenia. Wpływa on bowiem co najwyżej na określenie zakresu odpowiedzialności: *„Brak wpisu w dzienniku budowy osoby do pełnienia funkcji kierownika określonych robót co najwyżej może mieć znaczenie dla kwestii odpowiedzialności, a zasadniczo jej braku w odniesieniu do takiej osoby. (...). Nie wynika z tych regulacji [Izba odnosi się do art. 42 ust. 4 i art. 45 ust. 2 Pb - przyp. autor] niedopuszczalność uzyskania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika określonych robót bez wpisu w takim dzienniku budowy. § 6 ust 2 przywołanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury określa natomiast szczegółowe zasady dokonywania wpisów w dzienniku budowy. Nie przesądza również o braku możliwości pełnienia funkcji kierownika robót przy braku takiego wpisu w dzienniku budowy. W swoich orzeczeniach Izba, dostrzegając praktykę prowadzenia robót przez kierowników spośród których nie wszyscy wpisywani są do dzienników budowy, stwierdza, że dokument ten nie powinien być uznawany za decydujący w kontekście oceny nabycia wiedzy i doświadczenia: „Dla nabycia wiedzy i doświadczenia w określonej dziedzinie konieczne jest pełnienie przez osobę mającą określone kwalifikacje (uprawnienia) danej funkcji w określonym czasie. Żaden przepis p.b. nie wymaga, aby zaistniał trzeci element, tzn. aby dla uznania posiadania doświadczenia niezbędne było pełnienie danej funkcji w oparciu o wpis do dziennika budowy (...) Dlatego za nieuzasadnione należy uznać żądanie, aby wykazywanie pełnienia funkcji kierownika robót następowało wyłącznie za pomocą dziennika robót, wykluczając tym samym możliwość skorzystania przez wykonawców z innych dokumentów związanych z procesem budowlanym. (por. wyrok Izby z dnia 3 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1525/12)”. „Brak wpisu w dzienniku budowy osoby do pełnienia funkcji kierownika określonych robót co najwyżej może mieć znaczenie dla kwestii odpowiedzialności, a zasadniczo jej braku w odniesieniu do takiej osoby, nie deprecjonuje natomiast samej możliwości faktycznego pełnienia takiej funkcji na budowie i uzyskania z tego tytułu doświadczenia zawodowego.” (por. wyrok Izby dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 432/10.*

Zdaniem Odwołującego przebieg Postępowania wskazuje dodatkowo na naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Abstrahując bowiem od oceny okoliczności, które skłoniły Zamawiającego do unieważnienia aukcji, konsekwencją tej czynności powinno być unieważnienie Postępowania. Powtórzenie aukcji elektronicznej nie jest bowiem możliwe. Wynika to z tego, że, jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, postąpienia składane w toku aukcji elektronicznej mają charakter zbliżony do składania kolejnych ofert. Podobnie traktują postąpienia przedstawiciele doktryny: „Każde postąpienie jest uznawane za nową ofertę w zakresie, którego dotyczy postąpienie, i jest wiążące (jednocześnie przestaje wiązać dotychczasowa oferta w zakresie objętym nowym postąpieniem)” (por. Skubiszak-

Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych, Komentarz aktualizowany, LEX 2019). Potwierdzeniem powyższego jest treść art. 91 c ust. 1 Pzp, zgodnie z którym do aukcji elektronicznej nie stosuje się m. in. przepisu art. 82 ust. 1 Pzp, który stanowi, że wykonawca może w postępowaniu złożyć tylko jedną ofertę. W konsekwencji, w orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd, zgodnie z którym „zamawiający nie jest władny unieważnić aukcji elektronicznej, a następnie przeprowadzić jej ponownie. Mógłby on unieważnić jedynie samo zaproszenie do udziału w tejże aukcji i to tylko do czasu jej otwarcia(...). Dopuszczenie możliwości unieważnienia aukcji elektronicznej oznaczałoby zgodę na ingerowanie w treść ofert wykonawców - rodziłoby konieczność pominięcia (uznania za niebyłe) treści postąpień złożonych przez wykonawców w toku aukcji” (por. wyrok Izby z dnia 18 lutego 2014 r., sygn.. akt KIO 164/14, podobnie wyrok z dnia 15 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1086/12). Odwołujący zauważył, że wykształciła się jednocześnie linia orzecznicza, zgodnie z którą powtórzenie aukcji elektronicznej jest dopuszczalne. Izba wskazuje jednak, że dotyczy to jedynie przypadków związanych z wadliwie przeprowadzoną aukcją. Szczegółowo omawia to izba w wyroku z dnia 25 listopada 2011 r.: „Powtórzenie aukcji elektronicznej jest najbardziej jaskrawym przypadkiem zaburzenia toku licytacji, które prowadzi do całkowitego zniesienia skutków pierwotnej aukcji. Ponadto, na podstawie przebiegu aukcji wykonawcy znają wartość najkorzystniejszego postąpienia i pozycję złożonej przez siebie oferty. Ponieważ powtórzenie czynności zamawiającego możliwe jest w sytuacji; gdy zostanie stwierdzona jej niezgodność z ustawą P.z.p., to tym bardziej w przypadku uchylecia specyficznej czynności jaką jest aukcja elektroniczna, powinno to nastąpić w sposób niebudzący wątpliwości. A zatem podejmowanie takiej decyzji o powtórzeniu czynności aukcji elektronicznej z uwagi na wadliwość jej przebiegu może nastąpić tylko w sytuacji gdy zamawiający nie wykonał swych obowiązków określonych w art. 91c ustawy P.z.p.” (por. wyrok Izby z dnia 25 listopada 2011 r., sygn.. akt KIO 2427/11). Zdaniem Odwołującego powtórzenie aukcji może mieć miejsce jedynie w razie obarczenia jej wadliwością polegającą np. na nieprawidłowym przekazywaniu wykonawcom informacji o zajmowanej pozycji i otrzymanej punktacji (obowiązek w tym zakresie wynika z art. 91 c ust. 3 Pzp). Wskazywane przez Izbę przypadki naruszenia art. 91 c Pzp skutkują w istocie sytuacją, w której aukcja obarczona jest nieusuwalną, niezależną od wykonawców, wadą. Trudno zatem w takiej sytuacji mówić w ogóle o złożeniu prawidłowych i wiążących ofert. Te składane są bowiem w warunkach działania pod wpływem błędu (tak należy ocenić np. sytuację, w której wykonawca składa postąpienie w oparciu o wadliwe informacje na temat kolejności ofert). Taka sytuacja nie wystąpiła w Postępowaniu. Przeprowadzona aukcja spełniała wszystkie wymogi wskazane w art. 91 c ustawy Pzp. W związku z tym ziszcila się przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp okolicznością uzasadniającą wystąpienie przez Prezesa UZP o unieważnienie umowy o zamówienie publiczne jest sytuacja, w której czynność została dokonana z

naruszeniem przepisów ustawy Pzp, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Nieuzasadnione unieważnienie aukcji elektronicznej i równie niezasadne jej powtórzenie spełnia wskazaną przesłankę. Działanie Zamawiającego zrównać należy zatem z sytuacją, w której dąży on do unieważnienia czynności złożenia przez wykonawców ważnych i wiążących ofert, a następnie umożliwienie im złożenie ofert powtórnie. Jest to sytuacja godząca w fundamentalne reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jako taka niedopuszczalna. Aukcja przeprowadzona została bowiem w sposób poprawny, a Zamawiający nie jest uprawniony do sanowania swoich ewentualnych błędów poprzez powtórzenie aukcji, przy czym Odwołujący nie zgodził się, że ocena wyjaśnień z września 2019 r. była oceną błędną. Jeśli okazałoby się zatem, że Zamawiający przeprowadził aukcję po wadliwym sklasyfikowaniu ofert wykonawców, to zobligowany byłby on do unieważnienia Postępowania. Tymczasem Zamawiający prowadzi Postępowanie, co pozwala na jednoznaczne ustalenie, że zaniechał on podjęcia czynności o jego unieważnieniu.

Pismem z dnia 30 grudnia 2019 r., przekazanym na posiedzeniu, Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości z uwagi na niezasadność zarzutów oraz o orzeczenie o kosztach postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., iż opis kryterium oceny ofert dotyczący doświadczenia personelu wykonawcy zawarty w pkt 20.7.2 IDW (SIWZ) jest jednoznaczny i nie wymaga żadnej interpretacji. Sformułowanie „stanowisko kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane”, o którym mowa w powyższym postanowieniu IDW jednoznacznie wskazuje na pojęcie „uczestnika procesu budowlanego” w rozumieniu Prawa budowlanego. Przedmiotowego warunku nie da się inaczej odczytać. Właśnie po to, aby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych Zamawiający w SIWZ zawarł zwrot uszczegółowiający kryterium oceny ofert w jednoznacznym brzmieniu „w rozumieniu ustawy Prawo budowlane”. W toku postępowania powyższy zapis nie był kwestionowany przez żadnego z Wykonawców, nie zadawano w tym zakresie pytań i prośb o wyjaśnienia. Zamawiający nie dokonał zmiany interpretacji kryterium oceny ofert jak zarzuca to Odwołujący. Wykonawca, jako podmiot profesjonalny wie - realizując podobne do przedmiotowego zamówienia roboty budowlane - że funkcję kierownika robót pełni osoba spełniająca formalne warunki przewidziane między innymi w ustawie Prawo budowlane. Kierownik robót jest uczestnikiem procesu budowlanego. Zgodnie z art. 17 Ustawy prawo budowlane *uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu ustawy, są: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Zgodnie z art. 44 ww. ustawy w przypadku zmiany: kierownika budowy lub kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektanta sprawującego nadzór autorski, inwestor dołącza do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków*

*przez osoby wymienione w pkt 1-3. Zamawiający przywołał również art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Prawo budowlane, zgodnie z którym dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez organ administracji architektoniczno-budowlanej. Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji i stwierdzić, że pełnienie ad hoc zadań podobnych, ale bez wymaganego przepisami wpisu do dziennika budowy nie oznacza pełnienia określonej funkcji i zajmowania określonego stanowiska. Natomiast wpis do dziennika budowy w postaci oświadczenia o zaprzestaniu pełnienia funkcji kierownika robót jednoznacznie oznacza zaprzestanie pełnienia takiej funkcji. W dniu 30.06.2015 p. M. K. dokonał wpisu do Dziennika budowy, że przestaje pełnić funkcję kierownika robót. W rozumieniu ustawy prawo budowlane przestał więc pełnić przedmiotową funkcję i zajmować stanowisko kierownika robót. Tym samym przestał być uczestnikiem procesu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Samodzielne funkcje w budownictwie określa Ustawa Prawo Budowlane. Pełnienie konkretnych zadań na placu budowy: kierownika budowy, kierownika robót czy inspektora nadzoru wiąże się z koniecznością wykonania odpowiednich wpisów do Dziennika Budowy oraz złożenia stosownych oświadczeń do nadzoru budowlanego. Inna forma pełnienia funkcji na budowie nie stanowi samodzielnych funkcji w budownictwie i nie może być liczona do okresu sprawowania funkcji. Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2015 r., sygn. akt. KIO 1271/15, wskazując: „Przede wszystkim - jak słusznie stwierdził Zamawiający - osoby o przypisanej w umowie o pracę funkcji kierownika robót czy kierownika budowy nie można uznać tylko z tego powodu za uczestnika procesu budowlanego danej inwestycji w rozumieniu art. 17 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane, pełniącą samodzielną funkcję techniczną. Zdaniem Izby, tylko taka osoba może legitymować się doświadczeniem zawodowym w zakresie wszystkich czynności wymaganych przepisami prawa budowlanego, o którym to doświadczeniu stanowi warunek specyfikacji, albowiem stanowisko kierownika robót/budowy przypisane w umowie o pracę nie jest tożsame z funkcją kierownika budowy/robót określona w ustawie Prawo budowlane, która to ustawa wymaga przypisania osoby z powierzona funkcją do danej budowy (inwestycji), i która, jako osoba uprawniona, świadoma odpowiedzialności zawodowej i karnej wynikającej z posiadanych uprawnień i niewywiązywania się z przewidzianych prawem obowiązków, podlega zgłoszeniu właściwemu organowi (...). Izba zwraca uwagę, że na gruncie przepisów prawa budowlanego rozpoczęcie robót budowlanych powinno być poprzedzone dokonaniem przez inwestora wpisu w dzienniku budowy osób, którym zostało powierzono kierownictwo, a więc jako uczestnika procesu budowlanego - kierownika budowy (robót budowlanych), inspektora nadzoru inwestorskiego,*

*a także osób upoważnionych do kontroli technicznej robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem w dzienniku budowy przyjęcie powierzonych im funkcji.*” Przytoczony przez Odwołującego fragment wyroku z 26 czerwca 2015 r. (KIO 1271/15) także zwraca uwagę, że „stanowisko kierownika robót przypisane w umowie o prace nie jest tożsame z funkcją kierownika robót określoną w ustawie Prawo budowlane”. Zamawiający w warunku jasno pouczył, że interesują go tylko te stanowiska w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Treść SIWZ jest jasna. Powyższe podejście eliminuje możliwość subiektywnego wskazywania przez wykonawcę, że dana osoba zdobyła odpowiednie doświadczenie kierownika robót. Innymi słowy każdy mógłby przypisać określonej osobie wymaganą funkcję/stanowisko i twierdzić, że zdobyła ona odpowiednie doświadczenie. Zamawiający nie mógłby w żaden sposób zweryfikować prawdziwości takiego doświadczenia. W toku wyjaśnień składanych w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał w żaden sposób w jakim zakresie p. M. K. zdobył doświadczenie jako „kierownik robót” po dokonaniu wpisu do dziennika budowy o tym, że „przestaje pełnić funkcję kierownika robót”. Nie wiadomo jakie czynności faktycznie wykonywał, poza czynnością zdania materiałów staro użytecznych pod koniec budowy. Nie wiadomo jaki był zakres jego odpowiedzialności, tym bardziej że dalej funkcję kierownika robót pełnił p. P. M. (zgłoszony do dziennika budowy zamiast p. K.).

Zamawiający podał, iż część organizacyjna Spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., która jest Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu nie była Inwestorem wskazywanej na potwierdzenie doświadczenia p. M. K. inwestycji. Inwestycja, na którą powołuje się Odwołujący została realizowana kilka lat temu. Zamawiający nie posiadał więc całościowej wiedzy, jednakże już we wrześniu wskazywał, że czasookres pełnienia funkcji kierownika robót wskazany przez Wykonawcę a czasookres wynikający z posiadanych dokumentach różni się. Przeprowadzając procedurę wyjaśniającą we wrześniu 2019 r. uznał wówczas, że Odwołującemu należą się pkt w kryterium „doświadczenie personelu” działając w zaufaniu do złożonych oświadczeń.

Następnie Zamawiający przywołał wyrok Izby z dnia 4 lipca 2019 r. KIO 1124/19 i nadmieniał, iż Krajowa Izba Odwoławcza zwracała już uwagę w wydawanych wyrokach, iż w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), w zakresie dotyczącym dokumentów składanych przez wykonawców oraz formy w jakiej te dokumenty mają być składane, zaszły liczne zmiany. Ustawodawca krajowy przewidział, za prawodawcą unijnym, że głównym źródłem wiedzy zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, elementów mogących mieć wpływ na ocenę w kryteriach oceny ofert, jak też związanych z przedmiotem zamówienia, staną się oświadczenia własne wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający został wprowadzony

przez Wykonawcę w błąd. W związku z tym w dniu 18 grudnia 2019 r. Zamawiający wykluczył Wykonawcę w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2010 r. sygn. akt: KIO 1939/10 *Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzenia dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obciążone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie (...). W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.* Korekta oświadczenia Inspektora Nadzoru oraz pewność Zamawiającego, że w przedmiotowej inwestycji jest tylko jeden dokument - Dziennik budowy, w którym znajduje się wpis, że Pan M. K. przestaje pełnić funkcję kierownika robót wymusza na Zamawiającym dokonanie ponownej oceny ofert, zgodnie z którą pierwotnie przydzielone ofercie Odwołującego punkty powinny być odebrane. Czynności tej wymaga art. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający zgodził się z koniecznością rozstrzygnięcia wątpliwości, niejasnych treści zapisów na korzyść Wykonawcy. Jednak obowiązek ten powstaje gdy takie wątpliwości istnieją. W przedmiotowym stanie faktycznym, zdaniem Zamawiającego, nie ma żadnej wątpliwości interpretacyjnej. Pan M. K. w dniu 30 czerwca 2015 r. dokonał własnoręcznego wpisu do oficjalnego dokumentu, że przestaje pełnić funkcję kierownika robót. Zrzekł się więc tej funkcji i odpowiedzialności jaką nakłada na niego ustawa Prawo budowlane. Przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo zdaniem Zamawiającego należy wiązać z innym stanem faktycznym, mianowicie sytuacją niejasną, gdzie np. zaniechano wpisu do dziennika budowy i z innych dokumentów wynika, że dana osoba pełniła funkcję kierownika robót. W takim stanie faktycznym rzeczywiście można wywodzić z innych dokumentów o pełnieniu funkcji. Przytoczone orzecznictwo odpowiadałoby sytuacji gdyby w dzienniku budowy nie było żadnej wzmianki dotyczącej p. M. K. Tymczasem w dzienniku istnieją dwa wpisy. Pierwszy o objęciu a drugi o zaprzestaniu pełnienia funkcji kierownika robót. Późniejsze dokumenty przytoczone przez Odwołującego potwierdzają tylko nieokreśloną obecność w toku realizacji. 11 Natomiast oświadczenie Inspektora Nadzoru p. K. przeczy pełnieniu przez p. K. funkcji kierownika robót na przedmiotowej inwestycji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego stanowisko Inspektora Nadzoru jest niezależne od Zamawiającego. Osoba znająca prawa i obowiązki jakie nakłada na nie ustawa Prawo budowlane oświadczyła, dokonując wpisu do de facto jedyne oficjalnego dokumentu, że przestaje pełnić funkcję kierownika robót. Taki stan faktyczny nie

pozwolił Zamawiającemu uznać, że p. M. K. pełnił funkcję przez 26 miesięcy w rozumieniu ustawy Prawo budowlane.

Odnosząc się do zarzutu braku możliwości powtórzenia aukcji elektronicznej Zamawiający podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu miał on nie tylko możliwość, ale i obowiązek dokonania unieważnienia aukcji elektronicznej, co w konsekwencji doprowadzi do jej powtórzenia. W przeciwnym wypadku naruszyłby naczelne zasady zamówień publicznych, wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Jedynie powtórzenie aukcji elektronicznej w warunkach, w których Wykonawcy będą znali właściwą liczbę punktów przyznanych im we wszystkich kryteriach zagwarantuje, że zostanie wybrana oferta w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Nie zgodził się z zarzutem jakoby przebieg postępowania wskazywał na naruszenie przez niego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i podkreślił, że przytoczone przez Odwołującego orzecznictwo mówiące o braku możliwości powtórzenia aukcji dotyczy innego stanu prawnego - sprzed nowelizacji z 22 czerwca 2016 r. w którym nie było literalnie wymienionych wyżej wymienionych zasad proporcjonalności i przejrzystości. Nie było także art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jak wskazał Odwołujący, w licznych orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła możliwość unieważnienia aukcji elektronicznej. Nie jest zrozumiałe dlaczego taka możliwość miałaby dotyczyć jedynie przypadków „technicznych”, a „merytorycznych” (jak w niniejszej sprawie) - już nie. W pierwotnej aukcji Wykonawcy składali przecież postąpienia „w warunkach działania pod wpływem błędu” (por. pkt 50 Odwołania) skoro mieli niewłaściwą informację co do punktacji przyznanej ofercie Odwołującego. W Postępowaniu czynność unieważnienia aukcji oznacza jednocześnie, że postąpienia dokonane przez Wykonawców w toku aukcji nie mogą być brane pod uwagę. Jednakże każdy z Wykonawców dalej pozostaje związany pierwotnie złożoną ofertą. Stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2014 r. (sygn. akt. KIO 423/14): *„Zamawiający dokonując unieważnienia aukcji elektronicznej nie unieważnia oświadczeń woli poszczególnych wykonawców. Niejako uchyla czynność przeprowadzenia aukcji, co ma istotny wpływ na oświadczenia złożone w toku aukcji (nie mogą być brane pod uwagę i wywołać określonych skutków), ale co ze względu na uprawnienia zamawiającego jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i gwaranta przestrzegania regulacji to postępowanie normujących mieści się w granicach jego normatywnych uprawnień.”* Jak wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza *postępowanie służy w pierwszej kolejności wyłonieniu najkorzystniejszej oferty. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie* (KIO 1084/12).

W Postępowaniu nie wystąpiła wada, która nie może być usunięta (poprzez powtórzenie aukcji). Niewłaściwa ocena ofert była konsekwencją przedstawienia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany był do ponownej oceny oferty Odwołującego i w rezultacie do odjęcia punktacji w zakresie kryterium dotyczącego doświadczenia kierownika robót. Ponadto w takim przypadku ustawa Pzp jasno przewiduje, że Zamawiający powinien przeprowadzić czynność wykluczenia Wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Czynności tej dokonano w dniu 18 grudnia 2019 r. Zarówno w przypadku „uprawomocnienia” tej czynności poprzez upływ terminu na wniesienie odwołania, który upływa w dniu 30 grudnia 2019 r., jak i ewentualnego „przywrócenia” Wykonawcy, Zamawiający będzie zobowiązany powtórzyć aukcję z uwzględnieniem oferty Odwołującego z punktacją jaką winien on otrzymać, tj. odejmując pkt w kryterium doświadczenie personelu, ponieważ jak wskazano powyżej osoba wskazana przez Odwołującego nie pełniła stanowiska 26 miesięcy kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Wykonawcy będą dokonywać nowych postępień w warunkach jaką daje im zasada przejrzystości. *„Z rzeczonym zaproszeniem [do udziału w aukcji] wiążą się daleko idące skutki, ustalony zostaje krąg wykonawców, którzy uprawnieni są do wzięcia udziału w aukcji, otrzymują oni informację o pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji (art. 91 b ust. 2 ustawy P.z.p.) co powoduje, że wraz z przystąpieniem do aukcji mają wiedzę co do warunków faktycznych i podmiotów względem których konkurują”* - (KIO sygn. akt 423/14). W związku z powyższym - przeciwnie do twierdzeń Odwołującego - to zaniechanie unieważnienia pierwotnie przeprowadzonej aukcji elektronicznej mogłoby prowadzić do wadliwości postępowania i naruszenia zasady przejrzystości postępowania. Zamawiający przywołał wyrok Izby z dnia 30 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2700/18, w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przeprowadzenie aukcji elektronicznej jako czynności w postępowaniu podlega takim samym regułom, jak każda inna czynność w postępowaniu, a tym samym podlega ona unieważnieniu lub powtórzeniu: *„Wskazać należy, iż w postępowaniach, w których znajduje zastosowanie aukcja elektroniczna, ocena ofert nie kończy się po ocenie dokonanej przez Zamawiającego na podstawie złożonych w terminie ofert, lecz jest pierwszym etapem, po którym wykonawcy mogą w trakcie aukcji poprawić swoje oferty w tych aspektach, które są przedmiotem oceny w aukcji, a Zamawiający uwzględni to w całościowej ocenie oferty. W takim przypadku mamy do czynienia z czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia podejmowaną przez Zamawiającego, w stosunku do której przysługują środki ochrony prawnej. W przypadku dokonania przez Zamawiającego tej czynności z naruszeniem przepisów prawa, podlega ona będzie unieważnieniu lub powtórzeniu. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Przystępującego, że unieważnienie aukcji elektronicznej jest synonimem unieważnienia postępowania, które można zastosować w sytuacji, kiedy wystąpiłaby wada postępowania*

*uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Unieważnienie aukcji a unieważnienie postępowania to dwie odrębne i niezależne od siebie instytucje, których nie należy utożsamiać. Przesłanki unieważnienia postępowania zostały ściśle określone w art. 93 ust. 1 -1 d Pzp i nie można ich stosować analogicznie wobec innych czynności w postępowaniu. Unieważnienie postępowania skutkuje jego zakończeniem, natomiast unieważnienie czynności w postępowaniu nie oznacza zakończenia postępowania, lecz powrót etapu poprzedzającego podjęcie wadliwej czynności i daje możliwość jego przeprowadzenia zgodnie z wymaganymi przepisami. Zatem przeprowadzenie aukcji elektronicznej jako czynności w postępowaniu podlega takim samym regułom, jak każda inna czynność w postępowaniu, a w przypadku kiedy wykonana została z naruszeniem prawa, podlega unieważnieniu lub powtórzeniu.”*

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego na nośniku CD oraz dowody złożone w sprawie, tj. dowody przedłożone przez Odwołującego, których omówienie następuje w dalszej części uzasadnienia.

**Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, ofertą Odwołującego, złożonymi dowodami, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. W piśmie z dnia 5 grudnia 2019 r. Zamawiający unieważnił aukcję elektroniczną, która miała miejsce 26 września 2019 r., na skutek której najkorzystniejszą była oferta złożona przez Odwołującego. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał, że powodem unieważnienia aukcji było nieuzasadnione przyznanie dodatkowych punktów ofercie Odwołującego (z tytułu doświadczenia Pana M. K.). Powyższe oznacza, że nawet w przypadku powtórzenia aukcji, co nie jest dopuszczalne, interes Odwołującego ucierpi, przyznana zostanie mu bowiem liczba punktów pomniejszona o przypisane pierwotnie punkty z tytułu doświadczenia Pana M. K. uniemożliwi mu uzyskanie zamówienia, bądź znacząco je utrudni i zmusi Odwołującego do znacznego obniżenia ceny w toku aukcji.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy, zawartej w jego wyniku.

Z zachowaniem ustawowego terminu, wskazując stronę do której przystępują oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony, swoje zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe "Rajbud" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szymbarku, TORHAMER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Gdyni, Komunikacyjne Zakłady Automatyki Trans-Tel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pobiedziskach (dalej: „Konsorcjum”, lub „Przystępujący”). Pismo zostało podpisane przez Członka Zarządu Lidera Konsorcjum, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji.

Na posiedzeniu Odwołujący zgłosił opozycję wobec ww. przystąpienia do postępowania odwoławczego, z uwagi na brak załączenia do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego stosownych pełnomocnictw.

Izba, mając na uwadze przepis art. 185 ust. 4 ustawy Pzp postanowiła o nie uwzględnieniu opozycji, z uwagi na brak uprawdopodobnienia przez Odwołującego, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

W ocenie Izby okoliczności podnoszone przez Odwołującego, nie wskazują również na brak skuteczności zgłoszenia przystąpienia. W dokumentacji postępowania znajduje się m.in. pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum z dnia 6 września 2019 r., z którego wynika, że jest on upoważniony m.in. do wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej, w tym przewidzianych ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, odwołań i skarg do sądu, jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu się do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego odwołania przez innego wykonawcę (lit. d). W dacie składania przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Lidera Konsorcjum był on zatem upoważniony do dokonania tej czynności.

W związku z powyższym, w ocenie Izby, Konsorcjum skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

Na posiedzeniu Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania i przedstawiając w nim swoje stanowisko w sprawie, w uzasadnieniu wskazując m.in., iż zarzuty zawarte w odwołaniu są niezasadne, a w przypadku części z nich Odwołujący nie posiada interesu prawnego. Zdaniem Przystępującego warunki przyznania dodatkowych punktów za doświadczenie zawodowe Kierownika budowy lub Kierownika robót określone w pkt. 20.7.2. IDW są jednoznaczne. Kluczowe jest odwołanie się do ustawy Prawo budowlane. W tym kontekście określenie „stanowisko” lub „funkcja” ma znaczenie drugorzędne. Nie chodziło o jakiegokolwiek doświadczenie podczas realizacji inwestycji budowlanej, ale o doświadczenie na stanowisku/funkcji kierownika budowy/robót, który jest uczestnikiem procesu budowlanego i

posiada obowiązki i uprawnienia opisane w ustawie Prawo budowlane. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 31 stycznia 2011 r. (KIO 118/11) *„Za kierownika budowy może być uznana wyłącznie osoba, której zakres praw i obowiązków na budowie odpowiada zakresowi przewidzianemu dla kierownika budowy w p.b.”* W wyroku z dnia 10 maja 2011 r. (KIO 884/11) wskazano, że *„To osoby pełniące funkcje kierownika robót i kierownika budowy kierują budową obiektu budowlanego zgodnie z projektem. Żadna inna osoba nie jest uprawniona do wykonywania takich czynności, a co za tym idzie - żadna inna osoba nie może nabywać doświadczenia w tym zakresie. Taka osobą nie jest też Dyrektor Kontraktu.”*

Następnie Przystępujący, przywołując fragmenty odwołania, wyraził opinię, iż stanowisko Odwołującego nie jest do końca jasne oraz podał, że uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący cytuje wybiórczo uzasadnienie wyroku KIO z dnia 26.06.2015 r. (KIO 1271/15). W związku z tym Przystępujący i przytoczył bardziej obszerny fragment uzasadnienia tego wyroku, wskazując, iż Izba uwzględniła odwołanie, gdyż uznała, że nieuzasadnione było wykluczenie wykonawcy z uwagi na podanie przez niego nieprawdziwych informacji. W rezultacie Izba uznała, iż wykonawca, mimo, że nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, powinien być wezwany do uzupełnienia dokumentacji na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Ponadto, w warunkach postępowania będącego przedmiotem odwołania, zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego personelu, nie odnosił się wprost do ustawy Prawo budowlane, a mimo to Izba uznała, że wykonawca musi wykazać osobę posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji opisanej w ustawie Prawo budowlane. W niniejszym postępowaniu warunek doświadczenia zgodnego z rozumieniem ustawy Prawo budowlane został wprost i bezpośrednio sformułowany w SIWZ. W tym kontekście uzasadnienie wyroku KIO 1271/15, w powiązaniu z interpretacją warunku przetargowego sformułowanego w 20.7.2. IDW zaprezentowana przez Odwołującego, potwierdza tylko słuszność decyzji Zamawiającego.

Zdaniem Przystępującego zaskakujące jest również wybiórcze powołanie się Odwołującego na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2012 r. (KIO 1525/12) i pominięcie jego konkluzji oraz ogólnego przesłania z niego wynikającego. Przystępujący przywołał bardziej obszerny fragment uzasadnienia wyroku i stwierdził, iż faktem jest, że Izba uznała, że wpis do dziennika budowy nie jest niezbędnym do uznania, że dana osoba pełniła funkcję Kierownika budowy podczas realizacji inwestycji. Zdaniem Izby wpis do dziennika budowy może służyć tylko do wykazania w sposób pewny, że dana osoba w określonym czasie, pełniła wskazaną w nim funkcję. Tym niemniej wnioski idące z uzasadnienia tego wyroku są diametralnie odmienne od wniosków zaprezentowanych przez Odwołującego. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie dysponuje dokumentem o podobnej sile dowodowej jak protokół odbioru. Jedynym dokumentem jest Protokół z rozliczenia

materiałów nawierzchniowych przekazanych przez wykonawcę robót modernizacyjnych linii E20 do ISE Siedlce spisany w dniu 03.07.2015 r. Na protokole widnieje podpis Pana M. K., jednakże nie ma żadnych informacji na temat funkcji/stanowiska tej osoby. Wskazane jest jedynie, iż jest przedstawicielem VIAS. Zdaniem Przystępującego ten protokół nie może stanowić dokumentu wzruszającego zapisy dziennika budowy oraz innych dowodów znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontrydyczny, co skutkuje obowiązkiem Odwołującego przedstawienia wiarygodnych dowodów na poparcie swojego stanowiska. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie sprostął temu zadaniu. W procesie budowlanym istnieje wiele różnych dokumentów, na czele z protokołem odbioru, z których wynika funkcja i czynności podejmowane przez daną osobę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, Przystępujący podał, że nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2016 r. (KIO 106/16): *„Interes wykonawcy musi być związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że ma potrzebę uzyskania zamówienia publicznego w konkretnym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Żądanie unieważnienia postępowania pozostaje w kolizji z możliwością uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu.”* Odwołujący uznał, iż zamawiający unieważniając przeprowadzoną aukcję elektroniczną, powinien jednocześnie unieważnić postępowanie, gdyż zdaniem Odwołującego, powtórzenie aukcji elektronicznej nie jest możliwe. Tym samym Odwołujący de facto domaga się unieważnienia postępowania, a tym samym utraty przez niego samej szansy uzyskania zamówienia w ramach tego zamówienia. Trudno przy tym powoływać się na hipotetyczny ogólny interes, mogący się ziścić w przypadku ogłoszenia nowego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia. Postępowanie na ten przedmiot zamówienia może nie zostać ogłoszone lub nowe ogłoszenie może obejmować podobny ale inny zakres.

Na rozprawie Strony postępowania i Przystępujący potrzykali swoje stanowiska.

#### **Następnie Izba ustaliła, co następuje:**

Stosownie do pkt 2.1. Instrukcji dla wykonawców (dalej: „IDW”) – Tom pierwszy SIWZ, przedmiotem Zamówienia jest: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla realizacji projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 221 Gutkowo - Braniewo” na odcinku Gutkowo - Dobrze Miasto. Całość przedmiotu Zamówienia obejmuje wykonanie elementów w postaci: przeprowadzenie badań infrastruktury, wykonania dokumentacji projektowej oraz realizacji robót.

Zgodnie z pkt 20.7. IDW kryteriami oceny ofert są: Całkowita cena brutto z wagą 80 % i doświadczenie personelu Wykonawcy z wagą 20 %.

Stosownie do pkt 20.7.2. IDW odnoszącego się do kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika budowy (waga 20 %), będą przyznane punkty jeśli wykonawca wskaże osobę do pełnienia tej funkcji, która w ciągu ostatnich 10 (dziesięciu) lat przed upływem terminu składania ofert nabył co najmniej 24 miesięczne doświadczenie (na każdej inwestycji) na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), w zakresie Remontu, Budowy lub Przebudowy infrastruktury kolejowej na linii kolejowej o długości co najmniej 15 km. Obliczenie punktów w kryterium: Doświadczenie personelu Wykonawcy zostanie dokonane na podstawie złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 8 do IDW - Wykaz Personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt. 20.7.2. - wzór. W przypadku, jeżeli Wykonawca nie załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 8, w kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy otrzyma 0 pkt. Wykonawca winien opisać doświadczenie personelu w taki sposób, aby jego zakres, w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. W celu uzyskania punktów w podkryterium 20.7.2 Wykonawca musi wykazać inne zadania/doświadczenie/inwestycje niż podane na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 20.10.2. IDW jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty niepodlegające odrzuceniu, po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna.

W myśl pkt 20.10.3. - 20.10.5. IDW w toku aukcji elektronicznej parametrem licytowanym będzie całkowita cena brutto. W toku aukcji elektronicznej Wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na Platformie Zakupowej, umożliwiającego wprowadzanie niezbędnych danych, w trybie bezpośredniego połączenia z Platformą Zakupową, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmował przeliczanie postąpień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji.

Stosownie do pkt 20.10.14. IDW sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej będzie obejmować przeliczenie każdorazowych postąpień w kryterium Całkowita cena brutto na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem liczby punktów przyznanych w kryterium: Termin realizacji oraz Doświadczenie personelu Wykonawcy.

Odwołujący złożył wraz z ofertą Wykaz personelu na potrzeby kryterium oceny ofert zgodnie z pkt 20.7.2. IDW, wg załącznika nr 8 do SIWZ, (dalej: „Wykaz”), w którym wskazał p.

M. K. jako osobę proponowaną na stanowisko Kierownika budowy. Wykonawca podał, iż p. M. K. posiada 26 miesięczne doświadczenie (03.2014 – 04.2016) na stanowisku Kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w trakcie realizacji inwestycji pn.: „Modernizacja linii kolejowej E20 na odcinku Siedlce – Terespol, Etap II”. Przebudowa infrastruktury kolejowej na linii kolejowej o długości około 78 km. Wartość inwestycji: 427 390 878,05 PLN netto, 525 690 780,00 PLN brutto.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert w dniu 9 września 2019 r. w postępowaniu zostały złożone 4 oferty, w tym oferta Odwołującego, która zawiera najniższą cenę spośród cen złożonych ofert.

Pismem z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. M. K. wskazanego na potrzeby oceny w kryterium oceny ofert (załącznik nr 8 do SIWZ) podając m.in.: „Zamawiający, który był także odbiorcą wykazywanej roboty zweryfikował i stwierdził, że wskazana osoba **nie pełniła funkcji Kierownika robót w okresie 07.2015 – 04.2016r. W dziennikach budowy widnieje potwierdzenie pełnienia funkcji przez p. M. K. jedynie w okresie 03.2014 – 30.06.2015r.**” (podkreślenie i pogrubienie Zamawiającego). W wezwaniu znalazło się pouczenie o podstawie do wykluczenia z postępowania, wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz informacja, że wyjaśnienia mają na celu wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie tych przepisów oraz o wynikającej z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp możliwości samooczyszczenia wykonawcy.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 20 września 2019 r. podtrzymał swoje oświadczenie złożone w Wykazie i załączył na jego potwierdzenie: świadectwo pracy wystawione przez wykonawcę wskazanego zadania („Inwestycja”), z którego wynika, że Pan M. K. był zatrudniony na stanowisku Kierownika robót w okresie od marca 2014 do kwietnia 2016, oświadczenie o przyjęciu obowiązków kierownika robót dla ww. zadania w dniu 10 marca 2014 r. oraz oświadczenie Inspektora nadzoru branży torowej Pana M. K. z dnia 18 września 2019 r., w którym znalazło się jednoznaczne stwierdzenie, że Pan M. K. pełnił obowiązki Kierownika robót w trakcie realizacji wskazanej inwestycji w okresie od marca 2014 do kwietnia 2016 r.

Pismem z dnia 23 września 2019 r. Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, wyznaczonej na dzień 26 września 2019 r., podając m.in. liczbę punktów przyznanych ofertom w każdym z kryteriów oraz łączną sumę punktów przyznanych poszczególnym ofertom, a także ich miejsce w klasyfikacji. Z pisma tego wynika, iż każdej z ofert zostało przyznanych 20 punktów w kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy, a także, że oferta Odwołującego zajmuje pierwsze miejsce w klasyfikacji. Aukcja elektroniczna

została przeprowadzona w ww. dniu, a o jej wyniku wykonawcy zostali powiadomieni w dniu 27 września 2019 r.

Pismem z dnia 5 grudnia 2019 r. znak 9090/IREZA2/17022/04579/19/P Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu zaproszenia do udziału w aukcji oraz unieważnieniu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 26 września 2019 r. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności Zamawiający podał: *„Zamawiający w dniu 23 września 2019 r. zaprosił Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej podając liczbę punktów jaką każda oferta uzyskała w kryterium 2 - Doświadczenie personelu Wykonawcy. Przedmiotową aukcję Zamawiający przeprowadził w dniu 26.09.2019r. W dniu 27 września 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach przeprowadzonej aukcji elektronicznej. W dniu 03 grudnia 2019 r. do Zamawiającego wpłynęła informacja, która skutkuje odjęciem punktów ofercie złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum Firm: ROVERPOL SP. Z O.O, P. Gintrowskiego 30/221, 02-697 Warszawa, ROVER INFRAESTRUCTURAS, S.A. Botanico Cavanilles 28, 46010 Walencja Hiszpania 20 pkt w kryterium 2 - Doświadczenie personelu Wykonawcy. W związku powyższym należy stwierdzić, że przeprowadzona aukcja elektroniczna odbyła się z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Wykonawcy składali postąpienia w oparciu o punktację przyznaną przez Zamawiającego według wiedzy na dzień 26.09.2019r.”*, a w uzasadnieniu prawnym podał: *”art. 7 ust. 1 PZP: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. art. 7 ust. 3 PZP: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2010 r. sygn. akt: KIO 1939/10 W ocenie Izby Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji o powtórzenia dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie {...} W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, iż pomimo wiedzy Zamawiającego o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa Zamawiający utrzymałby je w mocy pomimo ich oczywistej wadliwości. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności przedsięwziętych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Kolejnym pismem z tej samej daty Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Wykazu osób na potrzeby weryfikacji kryteriów oceny ofert w zakresie dotyczącym p. M. K. W piśmie tym Zamawiający wskazał, iż *„w dniu 3 grudnia 2019 r. otrzymał od Pana M. K. korektę oświadczenia, z której wynika, że Pan M. K. pełnił funkcję*

*Kierownika Robót wyłącznie w okresie od marca 2014 r. do czerwca 2015 r. Inspektor w treści maila przesłanego do Zamawiającego wskazał, iż przy sporządzaniu oświadczenia został wprowadzony w błąd Świadectwem pracy wystawionym przez VIAS Y CONSTRUCCIONES Oddział w Polsce. Krótszy okres pełnienia funkcji kierownika robót potwierdzają m.in. także wpisy do Dziennika budowy, które są w posiadaniu Zamawiającego.” oraz ponownie pouczył o podstawach wykluczenia z postępowania wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz możliwości samooczyszczenia.*

Treść e-mail Pana K. z dnia 3 grudnia 2019 r. przesłanego do Pana M. P. <[M.P.@plk-sa.pl](mailto:M.P.@plk-sa.pl)> z oznaczeniem w temacie: korekta oświadczenia brzmi: „*Witam Przy sporządzaniu oświadczenia dla Pana M. K. zostałem wprowadzony w błąd Świadectwem pracy wystawionym przez VIAS Y CONSTRUCCIONES Oddział w Polsce.*”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

*Stosownie do art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Na wstępie zauważenia wymaga, iż stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Stosownie do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp *strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawić aż do zamknięcia rozprawy.*

Następnie wskazania wymaga, iż prowadzenie postępowania wymaga m.in. stosowania się do zasady przejrzystości. Oznacza to, że na Zamawiającym ciąży m.in. obowiązki uzasadniania dokonywanych przez niego czynności podejmowanych w postępowaniu, skoro wykonawcom, w określonych w ustawie przypadkach, przysługują środki ochrony prawnej. W okolicznościach analizowanej sprawy uwagę tę należy odnieść do decyzji unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej i samej aukcji wobec zmiany oceny co do zasadności przyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego za doświadczenie członka personelu tego wykonawcy. W piśmie z dnia 5 grudnia 2019 r. czynności te zostały uzasadnione w sposób lakoniczny, podczas gdy jest to istotna informacja dla wykonawcy. Wpływa ona bowiem na sposób korzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Tymczasem to nie z pisma informującego o unieważnieniu czynności zaproszenia do aukcji oraz samej aukcji

wynika, jaką informację Zamawiający miał na uwadze dokonując unieważnienia ww. czynności, która przesądziła o zmianie przez niego stanowiska, lecz z wezwania do wyjaśnień z tej samej daty. Nadto również dopiero w wezwaniu do wyjaśnień jest wzmianka o wpisach do Dziennika budowy, które, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, okazały istotne dla przyjęcia krótszego okresu doświadczenia, niż wymagany dla przyznania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenie personelu. Tymczasem niejasne uzasadnienie podjętych przez Zamawiającego decyzji, mających wpływ na wynik postępowania, należy uznać za utrudnienie wykonawcy prawidłowego sformułowania zarzutów odwołania i tym samym ograniczenie jego ustawowego prawa do obrony. Wykonawca posiada pełne prawo do zapoznania się z przesłankami, jakimi kierował się zamawiający zmieniając swoją decyzję, a nie jedynie się ich domyślać.

Przechodząc do zarzutów odwołania, należy stwierdzić, iż materiał dowodowy oraz przebieg rozprawy wskazuje, iż w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający dokonał zakwestionowanych przez Odwołującego czynności z naruszeniem ustawy, bowiem dokonując, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i zawiadomieniu wykonawców o jej wyniku, ponownej oceny oferty Odwołującego, uczynił to wbrew treści opracowanej przez siebie SIWZ, dotyczącej opisu kryteriów oceny ofert.

Jak zostało wskazane powyżej, dla pozyskania dodatkowych punktów w kryterium doświadczenie wykonawca winien się wykazać co najmniej 24 miesięcznym doświadczeniem na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, w zakresie remontu, budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowej na linii kolejowej o długości co najmniej 15 km. Z brzmienia tego postanowienia SIWZ wynika, iż doświadczenie mogło być zdobyte przy pełnieniu ww. funkcji nie tylko w zakresie budowy czy przebudowy infrastruktury kolejowej, ale także w zakresie remontu. Ze zrozumiałych względów zatem w SIWZ nie ma wskazania, że okres pełnienia tych funkcji musi być potwierdzony wpisami do Dziennika budowy. Stosownie bowiem do art. 29 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane ( tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1187) pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających m.in. na: remoncie obiektów budowlanych; przebudowie obiektów, o których mowa w ust. 1; przebudowie budynków, innych niż budynki, o których mowa w ust. 1, z wyłączeniem ich przegród zewnętrznych oraz elementów konstrukcyjnych, a także z wyłączeniem przebudowy, której projekt budowlany wymaga uzgodnienia pod względem ochrony przeciwpożarowej; remoncie lub przebudowie urządzeń budowlanych. Zgodnie z SIWZ doświadczenie mogło pochodzić z ostatnich 10 lat, zatem mogło być zdobyte w okresie obowiązywania rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia z dnia 26 czerwca

2002 r. (Dz.U. Nr 108, poz. 953) w brzmieniu obowiązującym w np. w marcu 2014 r. (okres początkowy doświadczenia wykazywanego przez Odwołującego), zgodnie z którego przepisem § 3 ust. 1 *Dziennik budowy prowadzi się odrębnie dla każdego obiektu budowlanego, wymagającego pozwolenia na budowę*. Skoro zamawiający dopuścił wykazanie się doświadczeniem, także w zakresie inwestycji niewymagających pozwolenia na budowę i niewymagających dziennika budowy, to uwzględniał legitymowanie się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika robót na inwestycji, która nie wymagała w całości pozwolenia na budowę. Oznacza to, iż stosownie do postanowień SIWZ wykonawcy mogli wykazywać okres wymaganego doświadczenia także innymi dowodami. Zamawiający nie wykazał, że dla całej Inwestycji był prowadzony jeden Dziennik budowy. Natomiast w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że Inwestycja była objęta zgłoszeniem robót budowlanym, czemu Zamawiający nie zaprzeczył.

Zamawiający, jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, z faktu, iż Pan M. K. od dnia 1 lipca 2015 r. nie figurował w jednym z dzienników budowy, prowadzonych dla Inwestycji wywodzi, iż Wykonawca nie spełnia wymogu dla otrzymania 20 pkt, które to punkty zostały mu uprzednio przyznane przez Zamawiającego pomimo, iż, jak sam twierdził m.in. w ww. wezwaniu do wyjaśnień z września 2019 r., był także odbiorcą wykazywanej roboty i miał wiedzę, że w dziennikach budowy widnieje potwierdzenie pełnienia funkcji przez p. M. K. jedynie w okresie 03.2014 – 30.06.2015 r. Skoro Zamawiający, pomimo wiedzy o treści dzienników budowy, po uzyskaniu wyjaśnień przyznał Odwołującemu dodatkowe punkty i zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej, to oznacza, że uznał, że wpisy do konkretnego Dziennika budowy nie stanowią jedyne go możliwego sposobu na wykazanie doświadczenia, a zatem, że takiemu wykazaniu mogą służyć także inne dowody.

Za nieuzasadnione należy uznać następnie zaprezentowane stanowisko Zamawiającego, z którego wynika, że skoro Inspektor nadzoru – p. M. K. w e-mail z dnia 3 grudnia 2019 r. podał, że został wprowadzony w błąd świadectwem pracy p. M. K., to wyznacznikiem czasu pełnienia funkcji Kierownika robót na wskazanym zadaniu są wpisy w jednym z dzienników budowy, prowadzonych dla wskazanej inwestycji tj. jak podał na rozprawie, stacji Łuków, przyznając jednocześnie, że przy rewitalizacji nie musi być prowadzony dziennik budowy i stwierdzając, że np. perony, stacje, przepusty, obiekty inżynierskie, które występują w ramach jednej inwestycji wymagają pozwolenia na budowę i prowadzenia dziennika budowy. Zamawiający, posługując się liczbą mnogą w odniesieniu do dzienników budowy dla Inwestycji, wskazuje to, że Inwestycja ta nie była objęta jednym dziennikiem budowy, nadto obejmowała także zakres niewymagający pozwolenia na budowę i prowadzenia dziennika budowy, na co wskazał na rozprawie Odwołujący, czemu nie zaprzeczyli Zamawiający ani Przystępujący. W związku z tym pełnienie funkcji Kierownika

robót, stosownie do postanowień IDW, mogło się odnosić także do remontu, dla którego nie był prowadzony dziennik budowy. Zatem okoliczność, iż p. M. K. przestał figurować w dzienniku budowy prowadzonym dla jednej z części Inwestycji, nie musi oznaczać automatycznie, iż przestał on całkowicie pełnić funkcję Kierownika robót w ramach wskazanej Inwestycji. Tym bardziej, jeśli obejmowała ona także remonty, niewymagające prowadzenia dziennika budowy.

Znajduje to potwierdzenie w załączonym do odwołania, jako załącznik do wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 grudnia 2019 r., oświadczeniu Pana P. M. – Kierownika Robót torowych z dnia 27 września 2019 r., który stwierdził, że w okresie od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 r. p. M. K. pełnił razem z nim obowiązki Kierownika robót przy realizacji wskazanego w Wykazie Odwołującego zadania, oraz pośrednio w piśmie PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrala Biuro Zarządu w Warszawie znak: IBZ2b-051-1034/19, wystosowanym w odpowiedzi na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 21 listopada 2019 r. w sprawie przekazania pism, w których PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zatwierdzają pana M. K. jako kierownika budowy/kierownika robót w ramach m.in. kontraktu „Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II”, gdzie zostało wskazane: *„Spółka nie posiada pism zatwierdzających pana M. K. jako kierownika robót na przedmiotowym zadaniu. Wykonawca nie miał obowiązku zgłaszania do zatwierdzenia kierowników robót.”* Okoliczność tę potwierdza także treść świadectwa pracy, wystawionego przez wykonawcę zadania wskazanego w Wykazie, z którego wynika, że Pan M. K. był zatrudniony na stanowisku Kierownika robót w okresie od 10 marca 2014 do 2 kwietnia 2016 oraz treść Listu referencyjnego z dnia 17 grudnia 2019 r. wystawionego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Zakład Linii Kolejowych w Siedlcach Samodzielne Wieloosobowe stanowisko ds. Inwestycji w Siedlcach, z którego wynika, że *Pan M. K. pełnił funkcję Kierownika robót w terminie od 10 marca 2014 r. do dnia 02 kwietnia 2016 r. w ramach zadania pod nazwą: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków – stacja Siedlce, Łuków i Miedzyrzec Podlaski (pełny zakres robót) oraz odcinki szlakowe (tylko systemy sterowania ruchem kolejowym i telekomunikacja)” w ramach projektu POIiŚ 7.1-9.1 „Modernizacja linii kolejowej E 20/CE 20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II”.*

To, iż p. M. K. pełnił funkcję Kierownika robót na wskazanej w Wykazie inwestycji wynika także z oświadczenie Inspektora nadzoru branży torowej Pana M. K. z dnia 18 września 2019 r., w którym stwierdził, że Pan M. K. pełnił obowiązki Kierownika robót w trakcie realizacji wskazanej inwestycji w okresie od marca 2014 do kwietnia 2016 r. W ocenie Izby ww. oświadczenie Inspektora nadzoru jest jasne, w sposób jednoznaczny przedstawia stan wiedzy osoby je składającej.

Zamawiający na rozprawie stwierdził, że Inspektor nadzoru pierwsze oświadczenie wydał w oparciu o świadectwo pracy, a drugie wobec stwierdzenia, że został wprowadzony w błąd. Nie wynika to jednak z treści oświadczeń samego Inspektora nadzoru.

Po pierwsze, złożone przez p. M. K. we wrześniu 2019 r. oświadczenie nie zawierało wzmianki o tym, że składa je wyłącznie w oparciu o świadectwo pracy, lecz zawierało wyraźne wskazanie, że składa je jako osoba pełniąca funkcję Inspektora nadzoru. Wskazuje to, iż wypowiadał się jako uczestnik procesu budowlanego, a zatem jako osoba mająca wymaganą wiedzę do jego złożenia, do której podstawowych obowiązków zgodnie z art. 25 Prawa budowlanego należy *reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie kontroli zgodności jej realizacji z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej; sprawdzanie jakości wykonywanych robót budowlanych i stosowania przy wykonywaniu tych robót wyrobów zgodnie z art. 10; sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania; potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy*. Należy zatem przyjąć, że jest to osoba, która bywa na budowie i ma wiedzę o tym, co się na niej dzieje - jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, odnosząc się do dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci ww. Listu referencyjnego, Inspektor nadzoru jest osobą która była bliżej inwestycji i ma większą o niej wiedzę.

Po drugie, treść e-mail z 3 grudnia 2019 r. ww. Inspektora nadzoru, w przeciwieństwie do ww. oświadczenia, jest lakoniczna, nie zawiera wyraźnego oświadczenia, o tym, że p. M. K. nie pełnił jednak funkcji kierownika robót na wskazanej Inwestycji w spornym okresie czasu, tj. od lipca 2015 r. do kwietnia 2016 r., a jedynie, że został wprowadzony w błąd świadectwem pracy. Nie jest zatem wiadomo, czy według drugiego oświadczenia Inspektora nadzoru p. M. K. w ogóle nie występował na Inwestycji jako Kierownik robót, czy jedynie odnosi się to do jakiegoś przedziału czasu. Ponadto zatrudnienie na stanowisku Kierownika robót przez Wykonawcę, samo w sobie, bez wykazania innymi dowodami lub wiedzy z terenu realizacji inwestycji, że chodzi o pełnienie tej funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego w odniesieniu do wskazanej Inwestycji, nie jest wystarczającym potwierdzeniem doświadczenia zdobytego w jej pełnieniu na danej inwestycji, czego Inspektor nadzoru powinien mieć świadomość, a zatem, nie powinien składać oświadczenia, jeżeli nie obejmowałoby jego wiedzy wynikającej z pełnionej funkcji.

Z tych względów takie niejasne oświadczenie osoby będącej Inspektorem nadzoru, a więc osoby znającej inwestycję, co sam stwierdza Zamawiający, przy braku przedstawienia

przez Zamawiającego innych dowodów, w ocenie Izby, nie może być uznane za wystarczającą podstawę do podważenia zarówno wcześniej złożonego przez tę osobę oświadczenia, jak też dowodów złożonych przez Odwołującego.

Tymczasem, jak można się domyśleć z pisma Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2019 r., informującego o unieważnieniu czynności zaproszenia do udziału w aukcji i samej aukcji elektronicznej, analizowanego wraz z pozostałymi dokumentami i stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, powodem unieważnienia ww. czynności było właśnie to drugie oświadczenie Inspektora nadzoru, przekazane Zamawiającemu po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej i po zawiadomieniu o jej wyniku. Zamawiający, który jak sam twierdzi był odbiorcą Inwestycji wskazanej w Wykazie Odwołującego, a zatem znał jej przebieg i zakres robót w tym to, iż obejmował on także remonty niewymagające pozwoleń na budowę i prowadzenia dziennika budowy, jako podstawę zmiany swojej decyzji, co do przyznania dodatkowych punktów ofercie Odwołującego przyjął niejasne, sprzeczne z innymi dowodami, w tym wcześniejszym oświadczeniem tego samego Inspektora nadzoru, oświadczenie, a w odpowiedzi na odwołanie wywodzi, iż jego decyzja wiąże się z wpisami do Dziennika budowy.

W ocenie Izby powyższe wskazuje na to, iż w trakcie trwania Postępowania Zamawiający zmienił sposób weryfikacji uprawnień do pozyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia personelu, co jest sprzeczne z ww. przepisami ustawy Pzp. Kryteria oceny ofert i sposób ich weryfikacji określony w SIWZ są bowiem wiążące na etapie oceny ofert. W okolicznościach analizowanej sprawy ze stanowiska Zamawiającego wynika, iż zawęża on obecnie możliwość wykazania się doświadczeniem jedynie w zakresie budowy, dla której wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę oraz prowadzenie dziennika budowy, podczas gdy w SIWZ istnieje możliwość wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika robót także w zakresie remontu, dla którego nie jest wymagane prowadzenie Dziennika budowy.

*Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Zarzut naruszenia ww. przepisu poprzez zaniechanie jego zastosowania, jest postawiony w sposób niespójny. Sposób jego sformułowania oraz żądania postawione w odwołaniu, wskazuje, że nie jest to zarzut alternatywny, lecz jest ściśle powiązany z zaskarżonymi czynnościami Zamawiającego w postaci unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej i samej aukcji. Jest zatem możliwe przyjęcie, iż jednocześnie, korzystając ze

środków ochrony prawnej, Odwołujący zmierza do unieważnienia czynności unieważnienia zaproszenia do udziału w aukcji i samej aukcji, co oznacza utrzymanie status quo postępowania sprzed tych zaskarżonych czynności i utrzymania w mocy wyników aukcji, a jednocześnie stawiając zarzut zaniechania unieważnienia całego postępowania, zmierza do całkowitego zniesienia postępowania. Cele te wzajemnie się wykluczają. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazuje jednakże m.in., że nieuzasadnione unieważnienie aukcji elektronicznej i równie niezasadne jej powtórzenie spełnia wskazaną przesłankę, a także stwierdza, że jeśli okazałoby się, że Zamawiający przeprowadził aukcję po wadliwym sklasyfikowaniu ofert wykonawców, to zobligowany byłby do unieważnienia Postępowania. Wskazuje to, iż w zamyśle Odwołującego takie unieważnienie postępowania miało nastąpić wówczas, gdyby miało dojść do powtórzenia aukcji, bowiem w treści zarzutu Odwołujący stwierdza, że powtórzenia aukcji nie jest możliwe. Czynność powtórzenia aukcji nie została podjęta. Zatem zarzut zaniechania unieważnienia Postępowania należy przyjmować, jako stawiany na wypadek, gdyby zostało uznane, że Zamawiający zasadnie zmienił punktację oferty Odwołującego i unieważnił aukcję elektroniczną oraz zaproszenie do niej.

W sytuacji zatem, gdy analizowanej sprawie zostało wykazane, iż Zamawiający dokonał zakwestionowanych w odwołaniu czynności unieważnienia zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej oraz przeprowadzonej aukcji z naruszeniem przepisów ustawy Pzp i w związku z tym odwołanie w tym zakresie zostało uwzględnione, nie występuje potrzeba badania zaistnienia przesłanki unieważnienia postępowania.

Niezależnie jednak od powyższego, mając na uwadze argumentację przedstawioną w odwołaniu, zmierzającą do wykazania generalnego braku możliwości powtórzenia aukcji, Izba w obecnym składzie zmuszona jest zająć stanowisko i podaje, iż podziela pogląd wyrażony przywołanym w odpowiedzi na odwołanie i przytoczonym powyżej wyroku KIO z dnia 30 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2700/18, z którego wynika m.in., iż co do zasady nie można utożsamiać czynności unieważnienia aukcji z unieważnieniem postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. W analizowanej sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zasądzać od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę uiszczonego wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury, złożonej przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....