

Sygn. akt: KIO 1447/18
KIO 1448/18

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**

Aneta Mlącka

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 23 lipca 2018 r. przez Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1447/18);
- B) w dniu 23 lipca 2018 r. przez Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1448/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**, ul. Wronia 53 (00-874 Warszawa), Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186 (53-139 Wrocław)

przy udziale

Wykonawcy **PORR Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Hołubcowej 123 (02-854 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1447/18 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie **Mosty Łódź Spółka Akcyjna** z siedzibą w Łodzi przy ul. Bratysławskiej 52 (94-112 Łódź), **Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynierskiego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Toruniu przy ul. Wapiennej 10 (87-100 Toruń), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1447/18 po stronie Zamawiającego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **PORR Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Hołubcowej 123 (02-854 Warszawa), **PORR Bau GmbH** z siedzibą w Wiedniu, ul. Absberggasse 47 (A-1100 Wiedeń) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1448/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1447/18);

B. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1448/18).

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1447/18 i KIO 1448/18) i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1447/18 i KIO 1448/18) tytułem wpisu od odwołań;

2.2 zasądza od Wykonawcy **Astaldi S.p.A.** z siedzibą w Rzymie, Via G.V. Bona 65 (00156 Rzym) (sygn. akt KIO 1447/18 i KIO 1448/18) na rzecz Zamawiającego kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1447/18 oraz KIO 1448/18.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn.zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1447/18
KIO 1448/18

Uzasadnienie

W postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania *zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) – Lubawka, zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o dł. ok 153 km* (nr postępowania: O.WR.D-3.2410.86.2017) oraz *zadanie III od węzła Bolków (bez węzła) do węzła Kamienna Góra Północ (bez węzła), o dł. ok. 16,1 km, ogłoszonych* w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 31 maja 2017 r. 2017/S 103-204880 oraz 2017/S 103-204881, wobec powtórzonych czynności oceny ofert, zostały wniesione w dniu 23 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez wykonawcę wykluczonego z postępowań - Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie (sygn. akt KIO 1447/18 i KIO 1448/18).

O czynności wykluczenia z postępowań Odwołujący poinformowany został w obu postępowaniach w dniu 11 czerwca 2018 r. w informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych.

W obu odwołaniach oznaczonym sygnaturą akt KIO 1447/18 i KIO 1448/18 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności wykluczenia go z postępowań (na tej samej podstawie faktycznej i prawnej) i w konsekwencji wskazanie, jako najkorzystniejszych w zadaniach nr III i IV ofert innych Wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez jego błędną wykładnię skutkującą wykluczeniem Odwołującego z postępowania mimo, że Odwołujący nie wprowadził w błąd Zamawiającego w przedstawieniu informacji, że spełnia wymogi postawione dla podkryterium oceny ofert „Personel Wykonawcy” – doświadczenia kandydata na stanowisko Kierownika Budowy;
- 3) art. 24 ust. 4 Pzp poprzez uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego mimo braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
- 4) art. 38 ust. 4 Pzp poprzez zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez niezastosowanie określonych w siwz kryteriów oceny ofert i niedokonanie wyboru oferty Odwołującego

ewentualnie

- 6) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wszystkich budzących wątpliwości elementów oferty, skutkiem czego było wykluczenie z postępowania oraz nie poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej,
- 7) art. 24 ust. 8 i 9 Pzp poprzez zaniechanie ich zastosowania pomimo dokonania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie obu odwołań i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowań i w konsekwencji uznania ofert za odrzucone, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w obu postępowaniach.

Odwołujący została wykluczony z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a jego oferty zostały uznane za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. Czynności te były wynikiem powtórnego badania ofert, nakazanego wyrokiem KIO z 07.06.2018 r. (sygn. akt KIO 998/18), w którym Izba przywróciła do oceny ofertę Odwołującego, wcześniej wykluczonego z postępowania. Wyrokami z 15.06.2018 r. (sygn. akt KIO 997/18) i z 07.06.2018 r. (sygn. akt KIO 998/18) dotyczącym odpowiednio zadania III i IV, Izba uwzględniła odwołania Odwołującego dotyczące tych samych okoliczności faktycznych. Oba wyroki dotyczyły czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania w zadaniu nr III i IV i w obu oceniając ten sam stan faktycznych KIO uznała decyzję Zamawiającego za nieprawidłową (wyroki nie zostały przez Zamawiającego zaskarżone do sądu okręgowego – skargi wnieśli wykonawcy przystępujący po jego stronie).

Dokonując ponownych czynności w postępowaniu Zamawiający oceniał oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące doświadczenia kandydata na stanowisko Kierownika Budowy – pana M. N. zdobytego podczas pracy na kontrakcie dotyczącym budowy autostrady A1 Kowal-Sójki oraz kontrakcie omyłkowo nazwanym budowa autostrady A1 Brzezie-Kowal zamiast kontynuacja budowy autostrady A1 Brzezie-Kowal. Zamawiający doszedł do wniosku, iż na kontrakcie – budowa autostrady A1 Kowal-Sójki wskazana osoba nie pełniła funkcji kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót, a na kontrakcie – budowa autostrady A1 Brzez-Kowal, w ogóle nie pracowała.

Wykluczając ponownie Odwołującego z postępowania Zamawiający uznał, iż na potrzeby kryterium pozacenowego (pkt 19.1.2.2 ppkt ii IDW) należało wykazać doświadczenie przy realizacji zadania na jednym z wymienionych stanowisk, m.in. na stanowisku Kierownika Robót Mostowych, co wymagało dopełnienia kwestii formalnych związanych z akceptacją Inżyniera i formalnego objęcia funkcji, co uwidaczniane jest wpisem w dzienniku budowy (art. 45 ust. 2 Prawo budowlane). Bez dopełnienia kwestii formalnych, dana osoba może co

najwyżej wykazywać doświadczenie przy realizacji zadania, jednakże nie jest to doświadczenie na stanowisku, co stanowiło element warunku opisanego w IDW.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego w świetle wymagań postawionych w podkryterium „Personel Wykonawcy”, które dotyczą doświadczenia przy realizacji zadania na stanowisku kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania, a nie jak twierdzi Zamawiający – doświadczenia przy realizacji zadania podczas pełnienia funkcji kierownika robót mostowych w rozumieniu Prawa budowlanego od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Ponadto, Zamawiający błędnie przyjął, iż nie było możliwe uznanie wyjaśnień z 11.07.2018 r. Odwołującego złożonych na wezwanie, w których wskazywał na omyłkowe wskazanie nazwy zadania jako „Budowa”, a nie „Kontynuacja budowy”, co potwierdzały przedłożone dokumenty.

Odwołujący sprzeciwił się podejściu Zamawiającego, który moment rozpoczęcia pracy na stanowisku kierownika robót mostowych (i wszystkich innych kierowników robót branżowych) postrzegał przez dokonanie wpisu w dzienniku budowy. Przy takim spojrzeniu, jedynie Kierownik Budowy, który dokonuje odbioru placu budowy musi być powołany w dniu rozpoczęcia robót. W stosunku do kierowników robót, który wymaga akceptacji Inżyniera, jego ustanowienie faktycznie uzależnione byłoby od tego, w jakim czasie Zamawiający powoła Inżyniera Kontraktu i kiedy zostaną powołani inspektorzy nadzoru. Brak Inżyniera oznacza brak akceptacji, co uniemożliwia dokonanie stosownego wpisu do dziennika budowy. Taka interpretacja jest absurdalna, tym bardziej, że Inżynier powoływany jest jedynie w przypadku inwestycji prowadzonych na podstawie umów o roboty budowlane zawartych w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC, co nie jest obligatoryjne. Przy takim podejściu pozostaje bez znaczenia fakt powołania danej osoby na stanowisko kierownika robót przez wykonawcę robót i faktyczna praca na budowie danej osoby, jako kierownika robót przy pracach przygotowawczych oraz wykonywaniu wykazywanych obiektów, a także jej rzeczywiste doświadczenie uzyskane przed akceptacją Inżyniera i następującym po tej akceptacji wpisem jej do dziennika budowy. Zamawiający błędnie również interpretuje moment rozpoczęcia robót uznając, iż jest nim Data Rozpoczęcia (w rozumieniu FIDIC), co nie jest równoznaczne z datą rozpoczęcia robót, bowiem w zależności od kontraktu zgodnie z subklauzulą 8.1 realizacja robót może się rozpocząć nie wcześniej niż w Dacie Rozpoczęcia oraz tak szybko jak to jest możliwe i wynika z ustalonego harmonogramu. Nie zdarza się w praktyce, aby Data Rozpoczęcia była tożsama z datą rozpoczęcia realizacji Robót.

Zamawiający nie zdefiniował w siwz rozpoczęcia robót, jako Daty Rozpoczęcia w rozumieniu Warunków Kontraktowych FIDIC, chociaż inne pojęcia, jakimi posługiwał się w siwz definiował poprzez odesłanie do właściwych postanowień tych Warunków Kontraktowych –

np. wykonanie zadania rozumiane jest przez doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg klauzuli 10.1 Wk FIDIC (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Wskazana osoba została powołana na obu kontraktach na stanowisko kierownika robót mostowych przez wykonawcę jeszcze przed rozpoczęciem robót na tym zadaniu i nie ma podstaw do twierdzenia, że na którymkolwiek z nich nie pracował, jako kierownik robót mostowych od rozpoczęcia robót. Oznacza to, że spełnia niezbędny do pozytywnej oceny w podkryterium oceny wymóg posiadania doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót, a Zamawiający bezprawnie wykluczył Odwołującego z postępowania.

Decydującym pozostają wyroki KIO, w których potwierdzono zgodność doświadczenia z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający miał obowiązek poprawić w ofercie Odwołującego oczywistą omyłkę pisarską w opisie zadania, którego prawidłowa nazwa to „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal”, co Odwołujący wyjaśnił w sposób szczegółowy w wyjaśnieniach z dnia 3.04.2018 r. Zamawiający mógł również samodzielnie stwierdzić, że nastąpiła oczywista omyłka na podstawie danych zawartych w formularzach „Kryteria pozacenowe” i „wykaz osób”. Informacje prezentowane w dokumentach wskazywały na wartość kontraktu na „Kontynuację budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal” – 494.939.220,09 PLN (czyli 608.775.240,71 PLN brutto) oraz okres pracy od lutego 2013 r. do grudnia 2014 r. Zamawiający na własnej stronie podaje informacje dotyczące kontraktu, w tym okres realizacji 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Robót 06.09.2012 r., kiedy nastąpiło odstąpienie od Umowy z Wykonawcą. Kontynuacja budowy miała miejsce od 03.04.2013 r., a wartość tego kontraktu odpowiada wartości podanej w dokumentach Odwołującego (608.775.240,71 PLN). Zamawiający jest w posiadaniu informacji na temat dat realizacji oraz wartości obu kontraktów, co nie powinno utrudniać prawidłowej identyfikacji omyłki w prawidłowym oznaczeniu kontraktu i poprawienia omyłki pisarskiej. Okoliczność ta nie była powodem wykluczenia Odwołującego przy pierwszej czynności oceny jego oferty.

Kryterium oceny ofert stanowiło przedmiot interpretacji Izby w wyroku w sprawie KIO 997/18 – pkt 19.1.2.2 ppkt ii) IDW – doświadczenie kandydata na stanowisko Kierownika Budowy wymagane przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200.000.000 PLN od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka

o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu. W prowadzonym sporze (sygn. akt KIO 997/18) Odwołujący wykazał, iż termin „zadanie” utożsamiać należy z uprzednio wykonaną umową, a nie „obiektem mostowym”, co oznacza, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika Budowy musiała być zatrudniona na danym zadaniu od rozpoczęcia robót do końca trwania umowy – kontraktu – zadania na stanowisku kierownika robót mostowych, lecz nie koniecznie pracę od początku do końca polegającą na budowie lub nadzorze nad wykonaniem danego obiektu mostowego.

Pomimo, iż Izba przyznała rację Odwołującemu i nakazała przywrócenie oferty Odwołującego do oceny Zamawiający ponownie pismem z dnia 11.07.2018 r. poinformował o uznaniu oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp i wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z tym, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w odniesieniu do doświadczenia wskazanej osoby informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, twierdząc, że osoba ta posiada doświadczenie przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Zamawiający wyjaśniał z Odwołującym wątpliwości dotyczące zadania „Budowa Autostrady A1 Kowal – Sójki”, wskazując, że najwcześniejszy wpis do dziennika budowy kierownika robót mostowych jest późniejszy od daty rozpoczęcia robót na tym zadaniu. Do wyjaśnień z dnia 27.02.2018 r. Odwołujący dołączył świadectwo pracy wystawione przez firmę SRB, z którego wynika, że kandydatowi powierzono pracę na stanowisku kierownika budowy mostów począwszy od 02.08.2010 r. do 31.12.2012 r. Kolejne świadectwo pracy wydane przez J. S. & Son potwierdza ciągłość pracy do 31.01.2013 r., tj. do całkowitego zakończenia kontraktu polegającego na budowie przedmiotowego odcinka autostrady. Odwołujący wyjaśniał przyczyny, dla których nie było możliwe dokonanie wpisów do dziennika budowy, co było spowodowane przez Zamawiającego, który wraz z zawarciem umowy 09.07.2010 r. nie wprowadził do kontraktu Inżyniera Kontraktu – inwestora zastępczego, co uniemożliwiało wprowadzenie inspektorów nadzoru inwestorskiego. W początkowym okresie obowiązywania umowy korespondencja prowadzona przez Kierownika Budowy (ze strony Wykonawcy) oraz Kierownika Projektu (ze strony Zamawiającego), który od 06.08.2010 r. (formalnego rozpoczęcia robót) do 18.10.2010 r. (formalnego powołania inspektora nadzoru robót mostowych) sam pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych. W tym czasie formalnie nie było możliwe wyznaczenie kierownika robót mostowych, bowiem Zamawiający wstrzymał się z wszelkimi decyzjami do czasu powołania Inżyniera Kontraktu i wskazania przez niego inspektora nadzoru robót mostowych.

Po wprowadzeniu Inżyniera Kontraktu, dopiero po dwóch miesiącach (02.08.2010 r.) powołany został inspektor nadzoru robót mostowych, do czego przyczyniła się również opieszałość Zamawiającego. Od dnia powołania Pan M. N. pracował przy realizacji tego kontraktu, czyli jeszcze przed rozpoczęciem robót na tym zadaniu, które nastąpiło zdaniem Zamawiającego 06.08.2010 r.

Prace na budowie rozpoczynają się od prac przygotowawczych, wykonywanych zgodnie z zatwierdzonym przez Inżyniera Harmonogramem Robót, co było możliwe dopiero po 20.08.2010 r. Opóźnienie ok. 4 tygodniowe w rozpoczęciu robót były spowodowane przez różnice dokumentacji projektowej sąsiadujących ze sobą odcinków, za których wykonanie odpowiedzialny był Zamawiający. Zostało to opisane w notatce z narady koordynacyjnej z dnia 17.08.2010 r., w której uczestniczył pan M. N. Na naradzie złożono deklarację co do przekazania do Biura budowy do dnia 20.08.2010 r. dokumentów osób wyznaczonych do pełnienia funkcji kierowników robót, w tym ich oświadczeń o przejęciu obowiązków kierowników robót, kserokopii potwierdzonych za zgodność z oryginałem wpisów do Izby, uprawnień oraz życiorysów zawodowych. Brak Inżyniera Kontraktu do 20.08.2010 r., a po tej dacie jego opieszałość oraz brak powołania inspektora nadzoru robót mostowych aż do dnia 15.10.2010 r. powodowały, że niemożliwe było skuteczne zgłoszenie osoby pełniącej funkcję kierownika robót mostowych. Wykonawca dokonał takiego zgłoszenia 15.09.2010 r. załączając do niego między innymi oświadczenia o przyjęciu obowiązków kierownika robót, lecz do 10.02.2011 r., mimo przesyłania dokumentów czterokrotnie, nie otrzymał informacji o akceptacji osób zgłoszonych. Pierwszy wpis pana M. N. do dziennika budowy nastąpił dopiero 01.03.2011 r. (choć Zamawiający jako datę akceptacji podaje 26.10.2010 r.).

Ponieważ w opisie kryterium Zamawiający wymagał doświadczenia zdobytego podczas pracy na stanowisku kierownika robót mostowych, a nie jak próbuje wykazać, podczas pełnienia funkcji kierownika robót mostowych potwierdzonej wpisem do dziennika budowy, interpretacja wymagania jaką prezentuje nie może być zastosowana. Praktyka zatwierdzania kierowników robót branżowych odbiega od „idealnego stanu”, w którym kierownicy robót branżowych zatwierdzani są przez Inżyniera przed rozpoczęciem robót. A zatem nie formalne pełnienie funkcji, a faktyczna praca na stanowisku kierownika robót mostowych powinna decydować o tym czy dana osoba posiada doświadczenie w pracy na danym stanowisku od początku robót na zadaniu. W żadnym miejscu siwz Zamawiający nie określił że powołanie na stanowisko kierownika robót należy rozumieć jako pełnienie funkcji kierownika, ani że moment rozpoczęcia pełnienia przez daną osobę określonej funkcji należy rozumieć jako zatwierdzenie jej przez Inżyniera w pisanie do dziennika budowy.

Zatem w dniu zawarcia umowy o pracę, tj. 02.08.2010 r. i praca wykonywania od tego dnia przy realizacji kontraktu, jeszcze przed rozpoczęciem robót na tym zadaniu potwierdza, że

Pan M. N. spełnia wymóg posiadania doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót.

W formularzach „Kryteria pozacenowe” i „Wykaz osób” omyłkowo przypisano doświadczenie na kontrakcie pn. „Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal”, podczas gdy jego doświadczenie obejmowało kontrakt pn. „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal”, przy którym pan M. N. pracował na stanowisku Kierownika Robót Mostowych od początku do końca trwania Kontraktu. W piśmie z dnia 03.04.2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że zadanie wskazane w dokumentach stanowiło kontynuację wcześniej rozwiązanej przez GDDKiA umowy i stąd we wcześniejszej umowie nie znajduje się wzmianka o panu N. . Kontrakt na kontynuację budowy został zawarty 03.04.2013 r. i trwał do końca grudnia 2014 r., a pan M. N. został powołany przez Wykonawcę na stanowisko kierownika robót mostowych w dniu zawarcia umowy, czyli przed rozpoczęciem robót na tym zadaniu.

Zamawiający wykluczył Odwołującego wskazując, iż został wprowadzony w błąd co do doświadczenia, jakie miało być zdobyte na zadaniu „Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal”, przy którym wskazana osoba nie zajmowała stanowiska Kierownika Robót Mostowych. Podstawa wykluczenia stanowi wynik błędnej wykładni ustalonych przez Zamawiającego wymogów dla podkryteriów oceny ofert, co miało skutek w postaci błędnego rozumienia oświadczeń Odwołującego zawartych w ofercie. Zastosowanie innych niż przewidziane w ogłoszeniu i siwz kryteriów oceny ofert stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 7 Pzp. Zamawiający badał, czy kierownik robót mostowych rozpoczął prace nad nadzorem konkretnego obiektu mostowego poprzez wpis do dziennika budowy w tym samym dniu, w którym nastąpiło rozpoczęcie robót kontraktowych, co było niezgodne z ustalonym wymaganiem i nielogiczne, bowiem niezgodne z harmonogramem robót kontraktowych.

Zarzuty ewentualne dotyczą braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy ten nie dopuścił się przekazania jakichkolwiek nieprawdziwych, czy też mogących wprowadzać w błąd informacji (ocena potwierdzona wyrokiem Izby sygn. akt KIO 997/18). W sytuacji, gdy Zamawiający miał jakiegokolwiek dalsze wątpliwości odnośnie oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wcześniejszych wyjaśnień, obowiązany był wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia, a nie interpretować lub pomijać informacje złożone we wcześniejszych pismach.

Ponadto, niezależnie od braku podstaw do zastosowania przesłanki z art. 24 ust. 1pkt 17 ustawy Pzp, sama czynność wykluczenia z postępowania została dokonana z naruszeniem art. 24 ust 8 ustawy Pzp, gdyż uniemożliwiono Wykonawcy przedstawienia dowodów w ramach tzw. samooczyszczenia (self-cleaning).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawcy: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i konsorcjum firm Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. z siedzibą w Toruniu (sygn. akt KIO 1447/18) oraz konsorcjum firm PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (sygn. akt KIO 1448/18).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek do odrzucenia odwołań, które zostały skierowane na rozprawę.

Rozpoznając odwołania Izba uwzględniła ustalenia faktyczne stanowiące podstawę wydanych w postępowaniach odwoławczych o sygn. akt KIO 997/18 i KIO 998/18 wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2018 r. oraz 15 czerwca 2018 r. uzupełnione o nowe czynności Zamawiającego podjęte w obu zadaniach oraz złożone obecnie na rozprawie dowody z dokumentów: dzienniki budowy, świadectwa pracy, informacja o wykluczeniu Odwołującego z dnia 11.06.2018 r.

Izba ustaliła.

Ponieważ oba odwołania zawierają identyczne zarzuty i związane są z oceną zasadności decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowań podjętej w oparciu o analizę takich samych oświadczeń złożonych w ofertach na zadanie III i IV, poczynione w dalszej kolejności ustalenia w zakresie stanu faktycznego są wspólne dla rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów. Należy również wskazać na dokonane we wcześniejszych wyrokach rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące wykładni zapisów siwz i ich znaczenia dla oceny powtórzonych w postępowaniu czynności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.06.2018 r., sygn. akt KIO 998/18 – w odniesieniu do zadania nr IV zamówienia oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15.06.2018 r., sygn. akt KIO 997/18 – w odniesieniu do zadania nr III zamówienia). Jak wskazał bowiem Zamawiający, orzeczenia te stanowiły wytyczną co do sposobu oceny ofert, jaką zobowiązany został przeprowadzić wykonując wyroki Izby.

Zamawiający prowadzi równoległe dwa postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, których przedmiotem są roboty budowlane dla inwestycji pn. *Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) – Lubawka*, w podziale na: *zadanie IV od węzła Kamienna Góra*

Północ (z węzłem) do granicy państwa, o dł. ok 153 km (nr postępowania: O.WR.D-3.2410.86.2017) oraz zadanie III od węzła Bolków (bez węzła) do węzła Kamienna Góra Północ (bez węzła), o dł. ok. 16,1 km. W obu postępowaniach oferty złożył Odwołujący załączając wypełnione formularze 2.2, dotyczące pozacenowego kryterium oceny ofert – „Personel Wykonawcy”. Na potrzebę oceny ofert w tym kryterium w obu postępowaniach Odwołujący wskazał, jako osobę mającą pełnić funkcję Kierownika Budowy pana M. N. opisując jego doświadczenie dwoma zadaniami, przy których realizacji wykonywał obowiązki na stanowisku Kierownika Robót Mostowych:

Zadanie nr 1: nazwa zadania *Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)* o wartości robót netto 494.939.220,09 PLN, obejmujące budowę m.in.: *wiadukt drogowy WD175, klasa obciążenia obiektu A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD180, klasa obciążenia obiektu A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD186, klasa obciążenia obiektu A, rozpiętość przęsła 80m.*

Zadanie nr 2: nazwa zadania *Budowa Autostrady A1, Kowal-Sójki (dł. odcinka drogi 29,95 km)* o wartości robót netto 650.689.092,68 PLN, obejmujące *wiadukt drogowy WD200, klasa obciążenia obiektu A, rozpiętość przęsła 60m.*

W obu postępowaniach Zamawiający w siwz w ramach kryterium pozacenowego punktował doświadczenie zdobyte przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. W punkcie 19.1.2.2.2) ppkt ii IDW zamawiający określił kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy: *maksymalna liczba punktów – 3. Oceniane miało być doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.*

- *za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 1 punkt,*
- *za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 3 punkty,*
- *za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania – wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- *za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań – wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Jednocześnie określając warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał wskazania osób stanowiących personel kluczowy, legitymujących się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji. Do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wskazana miała być 1 osoba z doświadczeniem zawodowym: *Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka od długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.*

Krajowa Izba Odwoławcza dwukrotnie, w wyrokach z dnia 7 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 998/18 oraz z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 997/18 dokonała oceny zgodności oświadczenia Odwołującego z formularza 2.2 o posiadaniu przez wskazaną osobę doświadczenia przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania pod kątem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Ocena ta wymagała wykładni zapisu *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*, którą Izba dokonała wskazując, iż należy je odnieść do zadania, nie zaś obiektu wykonanego w jego ramach. Należy zauważyć, iż wykładnia ta była wynikiem oceny oświadczenia Wykonawcy, w którym ten potwierdził, iż kandydat na stanowisko Kierownika Budowy posiada punktowane doświadczenie, co miało wprowadzać Zamawiającego w błąd. Zamawiający ustalił bowiem, iż pełniąc funkcję Kierownika Robót Drogowych na obu zadaniach, nie nadzorował on prac na obiekcie opisanym w kryterium oceny ofert od początku do zakończenia prac na tym obiekcie (obiektach). Analizując zapisy siwz Izba doszła do wniosku, iż nie były one precyzyjne w stopniu pozwalającym przypisać Wykonawcy lekkomyślność w prezentowaniu informacji ocenianych w kryterium „Personel Wykonawcy”. W ocenie Izby dla spełnienia tak określonych wymagań wystarczającym było, aby określona osoba *pełniła od początku do końca konkretnego przedsięwzięcia budowlanego (rozumianego jako wykonanie określonego odcinka autostrady) funkcję Kierownika Robót Mostowych. Okolicznością obojętną jest natomiast, czy pełniła tę funkcję w odniesieniu do konkretnego obiektu przez cały okres robót na tym obiekcie.* Jednocześnie Izba uznała, iż Wykonawca składając oświadczenie, w którym nie podał informacji o tym, że pan M. N. na wskazanych obiektach mostowych pełnił funkcję kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót na tych obiektach do zakończenia zadania, działał w usprawiedliwionym przekonaniu, że nie ma to znaczenia dla spełnienia wymagań opisanych w siwz. Przyjęta wykładnia postanowień siwz, w których Zamawiający nie wymagał wprost na pełnienie funkcji (tu Kierownika Robót

Mostowych) od początku do końca robót na danym obiekcie budowlanym, doprowadziła do stwierdzenia, iż nie było podstaw do przypisania Wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa, co oznaczało, iż decyzje o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy zostały podjęta z naruszeniem tego przepisu (identyczne stanowisko zostało wskazane w obu orzeczeniach). Na skutek uwzględnienia odwołań Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowań i powtórzenia badania i oceny ofert złożonych na zadania nr III i IV.

Mając na uwadze wykładnię siwz przyjętą przez Izbę Zamawiający ponownie ocenił oświadczenia Odwołującego o posiadanym przez wskazaną osobę doświadczeniu przy realizacji zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, przyjmując iż oceny tej należy dokonać w oderwaniu od konkretnego obiektu, czyli jak wskazała Izba – w odniesieniu do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych od początku do końca przedsięwzięcia budowlanego, tj. wykonania określonego odcinka autostrady. W odniesieniu do obu opisujących doświadczenie pana M. N. zadań, Zamawiający szczegółowo zweryfikował w oparciu o uzyskane informacje od właściwych oddziałów GDDKiA prowadzących postępowania oraz samego Wykonawcy, kiedy nastąpiło objęcie funkcji Kierownika Robót Mostowych na danym kontrakcie (przedsięwzięciu budowlanym).

W odniesieniu do zadania nr 1 oznaczonego w ofercie jako *Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)* Zamawiający otrzymał materiały przekazane z Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy, z których wynika, iż wskazana osoba nie nabyła doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Mostowych przy realizacji umowy, gdyż w ogóle nie była zaangażowana przy tym zadaniu – nie była zgłoszona na stanowisko Kierownika Robót Mostowych. Funkcję tą pełniły cztery inne osoby. Zamawiający z ostrożności odniósł się również do kontraktu pod nazwą *Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń-Stryków. Odcinek III: Brzezie-Kowal od km 186+348 do km 215+850*, który Odwołujący miał przez omyłkę błędnie opisać w ofercie nazwą *Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*, przy prawidłowo podanych pozostałych informacjach, w tym wartości netto robót. Umowa na dokończenie odcinka autostrady Brzezie-Kowal została zawarta 3 kwietnia 2013 r., a rozpoczęcie robót miało nastąpić nie później niż 28 dnia od daty zawarcia umowy, tj. 2 maja 2013 r. Termin ten został ustalony na dzień 26 kwietnia 2013 r., a Wykonawca zgłosił pana N. 22 kwietnia 2013 r. Został on zatwierdzony przez Inżyniera 30 kwietnia 2013 r. i formalnie zgłoszony do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych w dniu 9 maja 2013 r. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 3.04.2018 r. (w obu zadaniach pisma zawierają identyczną treść) wyjaśnił, iż w ofercie popełnił omyłkę w oznaczeniu zadania, podczas którego pan M. N. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych od początku do końca trwania

kontraktu na kontynuację robót budowlanych, które nie zostały zrealizowane w związku z odstąpieniem w dniu 6.09.2012 r. od umowy. Wskazał jednocześnie, iż pomimo zawarcia umowy z wykonawcą na kontynuację robót budowlanych w dniu 3.04.2013 r., pan M. N. rozpoczął prace przygotowawcze już w lutym 2013r.

W odniesieniu do zadania nr 2 opisanego w ofercie jako *Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójk* (dł. odcinka drogi 29,95 km) Zamawiający otrzymał materiały i informacje przekazane z Oddziału GDDKiA w Łodzi, z których wynika, iż p. N. nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych na zadaniu *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*. Umowa zawarta została 9 lipca 2010 r., a rolę Inżyniera Kontraktu do dnia podpisania umowy z nadzorem inwestorskim pełnił zamawiający. Wyznaczenie daty rozpoczęcia robót nastąpiło na dzień 6 sierpnia 2010 r., a w dniu 27 sierpnia 2010 r. Inżynier rozpoczął prace na kontrakcie. Pierwszy raz wykonawca zgłosił pana N. na Kierownika Robót Mostowych pismem z dnia 15 września 2010 r., co wymagało uzupełnienia i nastąpiło 13 października 2010 r. 26 października Inżynier zaakceptował pana N., który przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych potwierdzając to wpisem do dziennika budowy w dniu 29 stycznia 2011 r. Na podstawie raportów końcowego i miesięcznych oraz wpisów w dzienniku budowy Zamawiający ustalił zakres prac prowadzonych w okresie sierpień-październik 2010 r, które dotyczyły między innymi: wytyczenia obiektów inżynierskich (w tym WD182, WD182a, WD183, WD184, WD186, WD186A, WD195a, MA197 oraz przepusty), dla części obiektów inżynierskich rozpoczęcia robót fundamentowych (wykopy i korek pod podpory i ławy fundamentowe, zbrojenie i betonowanie ław i podpór), robót palowych pod WD195 i WD194. Odwołujący w piśmie z 27 lutego 2018 r. wyjaśnił, że kandydat na stanowisko Kierownika Budowy rozpoczął pracę na tym kontrakcie w sierpniu 2010 r. i dopiero po powołaniu Inspektorów Nadzoru został oficjalnie zgłoszony do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych. Do wyjaśnień dołączył stosowne świadectwo pracy wydane przez firmę SRB Polska Sp. z o.o., z którego jednoznacznie wynika okres zatrudnienia na stanowisku Kierownika Budowy Mostów w okresie począwszy od 02.08.2010 r. do 31.12.2012 r.

Zamawiający pismem z dnia 11 lipca 2018r. poinformował o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i odrzuceniu jego oferty na zadanie III i IV w związku z powtórzonymi czynnościami nakazanymi wyrokami KIO. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, uznając, iż informacje dotyczące dwóch wskazanych w formularzu 2.2. zadań wprowadzały w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do zadania nr 1 Zamawiający uznał, iż kandydat na stanowisko Kierownika Budowy nie zajmował stanowiska Kierownika Robót Mostowych na zadaniu „Budowa Autostrady A1 Toruń-Stryków. Odcinek III: Brzezie – Kowal od km 186+348 do km 215+850”,

gdyż w ogóle do tej funkcji nie został zgłoszony. Natomiast w odniesieniu do zadania nr 2 osoba ta nie pełniła funkcji Kierownika Robót Mostowych od rozpoczęcia robót na zadaniu. Zamawiający uznał, iż do wypełnienia przesłanek z „kryterium pozacenowego”, o którym mowa w pkt 19.1.2.2 ppkt ii IDW należało wykazać się doświadczeniem przy realizacji zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych (...). Wykonywanie zadania na stanowisku Kierownika Robót Mostowych, wymagało kontraktowo uzyskania akceptacji Inżyniera dla pełnienia takiej funkcji na danym kontrakcie/umowie, a zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane, wymaga formalnego objęcia takiej funkcji. Na podstawie art. 45 ust. 2 ustawy prawo budowlane, objęcie pełnienia funkcji w procesie budowlanym (w tym Kierownika Robót Mostowych) następuje poprzez dokonanie wpisu w dzienniku budowy. Świadcstwo pracy poświadczają jedynie formalną relację i stosunek prawny pomiędzy pracodawcą i pracownikiem – nie jest wyznacznikiem pełnienia funkcji budowlanych. Z uwagi na poczynione ustalenia dotyczące tego, czy i kiedy na wskazanych kontraktach p. N. objął funkcję Kierownika Robót Mostowych Zamawiający uznał, iż oświadczenie z formularza „Kryteria pozacenowe” o posiadaniu doświadczenia przy realizacji wskazanego zadania/zadań od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa zawiera informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Do odwołania Odwołujący załączył między innymi kopię dziennika budowy dla obiektu inżynierskiego WD201 (dot. zadania nr 2), w którym dokonywano wpisów robót mostowych dla budowy autostrady A1 do węzła Sójki od rozpoczęcia prac na tym obiekcie w dniu 11.04.2011 r. W dzienniku, jako Kierownicy Robót Mostowych wskazani zostali trzej inżynierowie, w tym M. N., który najwcześniej przyjął obowiązki (11.04.2011 r.). Kolejni kierownicy robót mostowych na tym obiekcie obejmowali obowiązki w dniu 4.07.2011 r. oraz 28.10.2011 r. Pierwsze wpisy dotyczące robót budowlanych na obiekcie zostały dokonane w dniu 11.04.2011 r. Ponadto Odwołujący załączył kopię świadctwa pracy potwierdzającego zatrudnienie p. M. N. jako kierownika robót mostowych w pełnym wymiarze pracy w okresie od 04.02.2013r. do 31.12.2014 r.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której szczegółowo argumentował zasadność decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowań, prezentując dowody z dokumentów opisujących przebieg procesów budowlanych.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Oba odwołania podlegają oddaleniu.

Zarzuty podniesione w odwołaniach sprowadzały się do zakwestionowania decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowań na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy w dwóch zadaniach dotyczących inwestycji pod nazwą *zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) – Lubawka, zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o dł. ok 153 km oraz zadanie III od węzła Bolków (bez węzła) do węzła Kamienna Góra Północ (bez węzła), o dł. ok. 16,1 km*. Ponieważ podstawa faktyczna i prawna decyzji Zamawiającego jest identyczna w obu zadaniach uzasadnienie stanowiska Izby jest wspólne dla rozstrzygnięcia każdego z odwołań.

Zasadniczym w obu odwołaniach był zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy wywiedziony z odmiennej oceny okoliczności sprawy, które doprowadziły Zamawiającego do uznania, iż złożonym w formularzu 2.2. „Kryterium pozacenowe” oświadczeniem, dotyczącym doświadczenia osoby zgłoszonej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, został wprowadzony w błąd, co do spełniania wymagań dla punktowanego doświadczenia. W sprawie nie budziły sporu okoliczności związane z ustaleniami poczynionymi przez Zamawiającego, co do przebiegu procesu budowy dwóch zadań, na których kandydat do pełnienia funkcji Kierownika Budowy miał zdobyć wymagane doświadczenie przy realizacji wskazanych zadań od rozpoczęcia do ich wykonania. Różnica pomiędzy stronami postępowania odwoławczego wynikała z odmiennego rozumienia warunku ustalonego w pkt 19.1.2.2 ppkt ii IDW, w odniesieniu do konieczności objęcia formalnie funkcji technicznej w budownictwie określonej dla Kierownika Robót Mostowych. Odwołujący wskazywał bowiem, iż wystarczającym dla oceny zdobytego doświadczenia było zajmowanie stanowiska Kierownika Robót Mostowych, co poprzedzało formalne objęcie funkcji technicznej na zadaniach. Ponadto, pomiędzy stronami zachodził spór o ocenę zgodności oświadczenia Wykonawcy wynikającej z oznaczenia zadania nr 1, jako *Budowa Autostrady A1, Brzezinek-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*, którego prawidłowa nazwa to *Kontynuacja Budowy Autostrady A1, Brzezinek-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wykładni wymagań opisujących punktowane doświadczenie kandydata do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, prezentowanej w wydanych wcześniej wyrokach Izby oraz obecnie przez Zamawiającego, skład orzekający w niniejszej sprawie doszedł do wniosku, iż Zamawiający nadał szerszy kontekst wywodom Izby prezentowanym na potrzeby analizy zasadności zarzutu podania informacji wprowadzających w błąd. Przede wszystkim należy zauważyć, iż we wcześniejszych orzeczeniach Izba jedynie odniosła się do potrzeby oceny doświadczenia w oderwaniu od konkretnych obiektów budowlanych, które nie były elementem wymagania ujętego opisem *od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania*. W konsekwencji takiego spojrzenia nie miało znaczenia to czy dana osoba nadzorowała obiekty mostowe od rozpoczęcia do zakończenia

robót na danym obiekcie i wystarczającym było, aby wykonywała funkcję Kierownika Robót Mostowych od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania. Zamawiający natomiast z takiej wytycznej wywiódł, iż koniecznym z punktu widzenia oceny oferty w kryterium pozacenowym było, aby osoba pełniąca funkcję Kierownika Robót Mostowych została formalnie zgłoszona w procesie budowlanym już w dniu rozpoczęcia robót na danym zadaniu, niezależnie od tego kiedy roboty, które miałyby nadzorować faktycznie rozpoczęły się. W ocenie składu orzekającego takie spojrzenie wypaczało sens badania doświadczenia w realizacji robót mostowych, uniemożliwiając powołanie się na doświadczenie faktycznie zdobyte w robotach branżowych od ich rozpoczęcia do zakończenia zadania. Nie można zapominać, iż opis wymagań był wspólny dla różnych funkcji technicznych, jakie pozwalały uznać doświadczenie za właściwe i obejmował również stanowisko Kierownika Budowy, którego udział w robotach budowlanych determinowany jest już w momencie rozpoczęcia robót na zadaniu. W przypadku kierowników robót, ich udział w procesie inwestycyjnym związany jest z robotami branżowymi. Uwzględniając powyższe Izba w obecnym składzie dokonała dalszej, uzupełniającej wykładni zapisu pkt 19. 1.2.2 ppkt ii IDW w ten sposób, iż doświadczenie przy realizacji zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Robót Mostowych, należało odnosić do momentu rozpoczęcia robót branżowych na zadaniu, aż do zakończenia zadania. Ponadto, co już wynika z wcześniejszych orzeczeń, dla uznania zdobytego doświadczenia koniecznym było formalne sprawowanie funkcji, tu Kierownika Robót Mostowych. Przyjęcie stanowiska Odwołującego, iż dla oceny doświadczenia nie ma znaczenia sprawowanie formalnej funkcji technicznej w budownictwie i wystarczającym powinno być zajmowanie stanowiska odpowiadającego rzeczowo zadaniom, jakie realizuje Kierownik Robót Mostowych, prowadziło do sprzecznych z przepisami wniosków. Przede wszystkim oznaczałoby, że traciłyby na znaczeniu przepisy regulujące zasady prowadzenia procesu budowlanego, w tym określające zasady odpowiedzialności za realizowane pod nadzorem takiej osoby prace. Ponadto, nie byłoby możliwe ustalenie w sposób pewny czy i kiedy dana osoba rozpoczęła realizację zadań. Według Odwołującego, wskazane w świadectwach pracy okresy zatrudnienia miały być wystarczającym dowodem dla zdobytego doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Mostowych, z czym nie można się zgodzić. Przede wszystkim z dokumentów tych nie wynika fakt zatrudnienia przy konkretnym zadaniu (a to jego zakres był istotny dla oceny ofert z uwagi na podane parametry techniczne obiektu mostowego i wartości zadania), a ponadto dla pełnienia funkcji na zadaniu realizowanym zgodnie z warunkami kontraktowymi Fidic, konieczna jest wcześniejsza akceptacja zamawiającego, wyrażana przed przystąpieniem do pełnienia funkcji. Jedynym zatem skutecznym dowodem na fakt pełnionej funkcji na zadaniach opisanych w załączniku 2.2 były wpisy w dzienniku budowy, potwierdzające datę przyjęcia obowiązków przez Kierownika Robót Mostowych.

Odnosząc powyższe do dwóch zadań, Izba uznała, iż w zadaniu nr 1, prawidłowo opisanym nazwą *Kontynuacja Budowy Autostrady A1, Brzezcie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*, Zamawiający nie przedstawił dowodów, które wskazywałyby, iż rozpoczęcie pełnienia funkcji na kontrakcie przez Kierownika Robót Mostowych nastąpiło po rozpoczęciu robót branżowych. Jedyne ustalenia jakich dokonał Zamawiający wskazywał na rozpoczęcie pełnienia funkcji po 14 dniach od rozpoczęcia robót, bez wskazania, jakiego rodzaju prace miały być rozpoczęte. Tym samym Izba nie miała podstaw do uznania, iż oświadczenie zawarte w formularzu 2.2 mogło wprowadzać Zamawiającego w błąd.

Należy w tym miejscu odnieść się również do założenia, jakie towarzyszyło decyzji Zamawiającego, iż robota budowlana dotyczyć miała kontraktu *Budowa Autostrady A1, Brzezcie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*, co stanowiło przedmiot umowy o roboty budowlane, która nie została zrealizowana, a budowa tego odcinka autostrady była kontynuowana w ramach nowego zamówienia przez innego wykonawcę (kontrakt pod nazwą *Kontynuacja Budowy Autostrady A1, Brzezcie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*). W ocenie składu orzekającego Odwołujący dopuścił się niestaranności w oznaczeniu samej nazwy zadania, którego wartość podana również w ofercie pozwalała na przyjęcie, iż faktycznie doświadczenie wskazanej osoby związane jest z realizacją inwestycji pod zbieżną nazwą, z uwagi na tożsamość odcinka autostrady A1, tj. Brzezcie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km), tj. *Kontynuacja Budowy Autostrady A1, Brzezcie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)*. Co istotne Zamawiający przy pierwotnej ocenie oferty Odwołującego nie wskazywał na tego rodzaju wątpliwości, wręcz przeciwnie prowadził ustalenia pod kątem udziału Kierownika Robót Mostowych w pracach na poszczególnych obiektach realizowanych w ramach kontraktu na kontynuację przerwanej budowy odcinka autostrady. W ocenie składu orzekającego niedokładność ta nie wskazuje na działanie mogące wprowadzać Zamawiającego w błąd, gdyż niezależnie od ustalenia prawidłowej nazwy zadania, nie budziło wątpliwości to, że umowa dotyczyła budowa odcinka autostrady A1 Brzezcie-Kowal. Ponadto, wyjaśnienia dotyczące właściwej nazwy zadania nie wpływały na ustalenie mające istotne znaczenie dla oceny samego doświadczenia p. N., czyli fakt jego udziału w zadaniu, jako pełniącego funkcję Kierownika Robót Mostowych przy tym przedsięwzięciu budowlanym. Nazwa zadania w zestawieniu z podaną wartością, nie mogła stanowić uzasadnienia dla stwierdzenia wprowadzania Zamawiającego w błąd, którego efektem miało być stworzenie mylnego wyobrażenia, co do rzeczywistego udziału wskazanej osoby w zadaniu od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania dotyczącego budowy danego odcinka autostrady. Ustalenia jakie poczynił Zamawiający już na wcześniejszym etapie oceny ofert faktycznie skupione były na analizie przebiegu procesu budowlanego właściwego kontraktu, a zatem zmiana poczyniona na potrzeby ponownej oceny oferty Odwołującego nie była niczym

uzasadniona. Wprawdzie stanowisko Odwołującego prezentowane w odniesieniu do tego zadania wskazywać mogłoby na bezzasadność wniosku o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, to analiza pozostałych okoliczności wskazanych w uzasadnieniu decyzji wpłynęła ostatecznie na rozstrzygnięcie niekorzystne dla Odwołującego.

W odniesieniu do drugiego zadania wskazanego w formularzu 2.2 Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż oświadczenie dotyczące doświadczenia p. N. mogło wprowadzać w błąd, gdyż faktycznie nie nadzorował on, jako Kierownik Robót Mostowych prac branżowych od momentu ich rozpoczęcia do zakończenia zadania. Wykazane dowodami okoliczności dotyczące rodzaju prac, jakie były prowadzone w okresie sierpień-październik 2010 r. (czyli do momentu zgłoszenia osoby na stanowisko, i jeszcze przed formalnym objęciem pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych) wskazywały, iż nie uczestniczył on w pracach od początku robót związanych z budową obiektów mostowych, a zatem informacja podana w ofercie nie była zgodna ze stanem faktycznym. Należy w tym miejscu zauważyć, iż to na skutek wcześniejszych odwołań tego samego Wykonawcy Izba przyjęła wykładnię warunku mającą czynić niezasadnym zarzut wprowadzenia w błąd, w związku z ustaleniami Zamawiającego, iż kandydat do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, nie uczestniczył w całości robót dotyczących obiektów mostowych wskazanych w ofercie. Uznając w tym zakresie rację Wykonawcy Izba przyjęła wykładnię pozwalającą na wykazanie się doświadczeniem zdobytym od początku rozpoczęcia robót do zakończenia zadania, niezależnie od robót związanych z danym obiektem mostowym. Skoro wykładnia ta miała odpowiadać rozumieniu, jakie przyjmował Odwołujący składając oświadczenie w formularzu 2.2, to należało przyjąć, iż oświadczenie potwierdzające spełnienie kryterium oceny ofert zostało złożone ze świadomością skutków jakie miało wywoływać. Wykonawca musiał bowiem zakładać, iż może ono zdecydować o uznaniu oferty za najkorzystniejszą. Ponieważ kryterium oceny ofert uwzględniało szerszy aspekt doświadczenia, niż oceniane na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, należało oczekiwać od Wykonawcy szczególnej staranności przy składaniu oświadczenia, co do którego Zamawiający nie miał podstaw żądania dodatkowych dokumentów. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu i składane w tym zakresie dokumenty nie musiały zawierać informacji istotnych z punktu widzenia doświadczenia premiowanego w kryterium pozacenowym. W niniejszej sprawie, gdyby Zamawiający nie wykazał się dużą starannością przy weryfikacji zgodności oświadczenia ze stanem faktycznym, mógłby na podstawie samego oświadczenia złożonego w ofercie przyznać dodatkowe punkty Odwołującemu, chociaż doświadczenie p. N. nie obejmowało momentu rozpoczęcia robót mostowych na zadaniu.

W świetle powyższego Izba uznała, iż podstawowy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy nie potwierdził się, a decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowań na zadania nr III i IV, poprzedzona szczegółowym badaniem oświadczenia złożonego w ofercie, została podjęta w celu eliminacji Wykonawcy wprowadzającego Zamawiającego w błąd. Co istotne, Zamawiający dołożył staranności występując o dodatkowe informacje do właściwych zamawiających, co pozwoliło ustalić szczegóły dotyczące przebiegu procesów budowlanych i czyniło zbędnym dalsze wyjaśnianie oświadczenia przez Wykonawcę. Można jedynie zauważyć, iż wyjaśnienia te były składane w toku wcześniejszych postępowań odwoławczych, a powtarzając czynność w postępowaniu Zamawiający nie został zobowiązany o zwrócenie się o nowe wyjaśnienia. Istotnymi dla powtórzonej czynności oceny oferty Odwołującego, pozostawały ustalenia nie budzące sporu co do ich zgodności ze stanem faktycznym. Jak wskazano na wstępie, podstawa zarzutów skierowanych wobec decyzji o wykluczeniu z postępowań, wynikała z odmiennej interpretacji zapisów siwz, a nie nieprecyzyjnej treści oświadczenia Wykonawcy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, Izba uznała, iż okoliczności w jakich doszło do ustalenia podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazywały na brak możliwości skorzystania z mechanizmu opisanego przepisami art. 24 ust. 8 i 9 Ustawy. Należy bowiem zauważyć, iż wprawdzie możliwość samooczyszczenia została przewidziana w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy, to celem skorzystania z dobrodziejstwa procedury miałyby być wykazanie przed Zamawiającym rzetelności Wykonawcy. Oceny tej rzetelności należałoby w okolicznościach niniejszej sprawy dokonać w odniesieniu do nieprawidłowego postępowania Wykonawcy przy składaniu oświadczenia ocenianego w kryterium pozacenowym. Ponieważ oświadczenie to miało szczególne znaczenie dla oceny ofert złożonych w postępowaniu Izba uznała, iż procedura samooczyszczenia nie miałaby zastosowania, gdyż prowadziłaby faktycznie do umożliwienia uchylania się od skutków złożonej oferty, w tym znaczeniu, iż traciłyby na znaczeniu oświadczenia oceniane w kryterium oceny ofert. Mechanizm samooczyszczenia nie może służyć wykonawcom, do tego aby w zależności od sytuacji jaka powstanie na etapie oceny ich oferty, próbować uniknąć odpowiedzialności za treść oferty, która została przygotowana nierzetelnie. Procedura samooczyszczenia zasadniczo związana jest z oceną podmiotową wykonawcy i nie może ingerować w treść oferty, która stanowi podstawę dla jej oceny i porównania z ofertami konkurencyjnymi.

W świetle powyższego odwołania podlegały oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołującego oraz koszty Zamawiającego związane z reprezentacją w obu sprawach na podstawie przedłożonych rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....