

WYROK
z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2020 r. przez wykonawcę

STRABAG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie

przy udziale wykonawców:

A. **Eurovia Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich,**

B. **Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miastu Rzeszów – Miejskiemu Zarządowi Dróg w Rzeszowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Miasta Rzeszów – Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie na rzecz STRABAG Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający: Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „roboty budowlane polegające na rozbudowie układu komunikacyjnego ulic: Siemieńskiego, Kochanowskiego, Żółkiewskiego, Batorego, Styki w Rzeszowie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lutego 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 040-093970. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – STRABAG Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Eurovia Polska S.A., pomimo że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona jako niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, a także wobec czynności polegającej na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. z postępowania, pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu tj. w zakresie doświadczenia A. P. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót z branży konstrukcyjno-budowlanej, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. z postępowania pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. w zakresie doświadczenia S. L. wskazanego do pełnienia funkcji kierownika robót z branży konstrukcyjno-budowlanej, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert,

3. art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przyjętych kryteriów oceny ofert, jako że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powinien zostać wykluczony z postępowania,

4. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. z postępowania, którzy to wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika robót z branży konstrukcyjno- budowlanej, a w konsekwencji naruszenie

5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty Eurovia Polska S.A. jako najkorzystniejszej i dokonanie powtórnej oceny ofert, wykluczenia Eurovia Polska S.A. z postępowania, wykluczenia Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. z postępowania i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, a także dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu ustalonym zmianą dokonaną 30 marca 2020 r. kryterium oceny ofert były: cena stanowiąca 60% wagi, okres rękojmi i gwarancji z 20% wagi, doświadczenie kierownika budowy, które stanowiło 10% wagi oraz doświadczenie kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej 10% wagi. Zamawiający, przy obliczeniu punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej postanowił zastosować następujące wyliczenie:

- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² – 0 pkt,
- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ – 0 pkt,
- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² każde zamówienie – 5 pkt,

- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ każde zamówienie – 5 pkt.

W ofercie Eurovia Polska S.A. oświadczyła, że kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej, A. P., posiada doświadczenie:

1. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A.; Nazwa zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce Terespol, etap II” w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m²;

2. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie; Nazwa zadania: Budowa drogi krajowej S7 Elbląg – Olsztynek, etap I na odcinku Elbląg – Kalsk wraz z budową drogi dojazdowej do pól od ul. Żuławskiej do ul. Nizinnej wzdłuż drogi krajowej nr 7 oraz rozbudową węzła drogowego Raczki w ramach budowy przejścia podziemnego PG-20, w km 92+441 pod drogą S7; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m²;

3. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A.; Nazwa zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II” w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³;

4. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Urząd Miasta Gdyni Gdynia; Nazwa zadania: Budowa III etapu Trasy Kwiatkowskiego w ramach przebudowy ul. Leszczyński; Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³.

Według Odwołującego nie wszystkie informacje podane w wykazie w zakresie dotyczącym doświadczenia A. P. są informacjami prawdziwymi.

W przypadku inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu <<Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II>> w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego”, według informacji uzyskanych od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była wskazana inwestycja, tj. PKP PLK S.A., w ramach realizacji zadania

wykonana została żelbetowa monolityczna płyta dennej o powierzchni powyżej 600 m², ale nie wykonano murów oporowych o objętości powyżej 200 m³. Zamawiający oświadczył też, że robotami polegającymi na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej nie kierował A. P., ale W. K. Pan P. jest wpisany w dzienniku budowy pod datą 28 lutego 2014 r. jako jeden z trzech kierowników branży mostowej – obowiązki te miał przejąć w 8 kwietnia 2014 r. i jest to jego jedyny wpis w dzienniku budowy. Potwierdza to pismo PKP PLK S.A. z 21 maja 2020 r. Kierownikami robót w trakcie wykonywania monolitycznej płyty dennej w ramach realizacji ww. inwestycji byli W. K. oraz A. P.. A. P. pełnił funkcję jednego z trzech kierowników robót w specjalności mostowej podczas realizacji I etapu wiaduktu kolejowego w km 92.836, co wynika z pisma PKP PLK S.A. z 28 maja 2020 r.

Ze względu na to, że tunel pod wiaduktem stanowił część realizacji innej inwestycji, tj. „Budowa tunelu pod torami PKP, na przedłużeniu ul. Kilińskiego do ul. Składowej w Siedlcach”, Odwołujący zwrócił się też z pytaniem do Prezydenta Miasta Siedlce, czy wykonane zostały w jej ramach roboty w postaci żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m² oraz żelbetowego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³, a jeśli tak, to kto nimi kierował. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał informację, że w przypadku tej inwestycji roboty te były wykonywane i że kierował nimi W. K., co wynika z pisma Prezydenta Miasta Siedlce z 28 maja 2020 r.

Za nieprawdziwe należy też uznać oświadczenie dotyczące doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej w ramach realizacji inwestycji: „Budowa drogi krajowej S7 Elbląg – Olsztynek, etap I na odcinku Elbląg – Kalsk wraz z budową drogi dojazdowej do pól od ul. Żuławskiej do ul. Nizinnej wzdłuż drogi krajowej nr 7 oraz rozbudową węzła drogowego Raczki” w ramach budowy przejścia podziemnego PG-20, w km 92+441 pod drogą S7. Jak wynika bowiem z pisma zamawiającego – GDDKiA oddział w Olsztynie z 27 maja 2020 r., wbrew oświadczeniu złożonemu przez Eurovia Polska S.A., powierzchnia monolitycznych płyt dennych na obiekcie PG 20 nie przekroczyła 600 m².

Zatem w zakresie zadań wskazanych w wykazie w trzech pierwszych pozycjach, Eurovia Polska S.A. podała nieprawdziwe informacje w zakresie pełnienia przez A. P. na wskazanych zadaniach funkcji kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej oraz iż w zakres wskazanych zadań wchodziło wykonanie robót polegających na wykonaniu monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m² oraz monolitycznego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³. Tym samym w zakresie zadań podanych w wykazie, pan P. posiada doświadczenie na stanowisku kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej wyłącznie przy zadaniu wskazanym w pozycji 4.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. oświadczył, że kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej S. L., posiada doświadczenie:

1. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 4.335 m²;
2. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 700 m²;
3. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Linia kolejowa E30 na odcinku Trzebinia-Krzeszowice w km 29,110-46 700; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 240 m³;
4. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: GDDKiA Oddział w Katowicach; Nazwa zadania: Budowa Autostrady A1 na odcinku Tuszyn-Pyrzowice; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 320 m³.

Według Odwołującego informacje podane w wykazie w zakresie dotyczącym doświadczenia S. L. nie są prawdziwe.

Jak wynika z treści pisma PKP PLK S.A. z 19 maja 2020 r., wbrew oświadczeniu złożonemu przez Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., kierownikiem robót ze specjalności konstrukcyjno-budowlanej nadzorującym wykonanie żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m² w ramach realizacji inwestycji pn. „Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906” nie był S. L., a M. K., a S. L. nie był zgłoszony przez wykonawcę jako kierownik robót na wyżej wymienionym zadaniu.

Podobnie w przypadku inwestycji „Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice” – zamawiający oświadczył, że kierownikiem robót nadzorującym wykonanie żelbetowej płyty dennej był P. G., a nie S. L., który nie był zgłoszony jako kierownik robót, czego dowodzi pismo PKP PLK S.A. z 19 maja 2020 r.

W przypadku pozostałych inwestycji, na które powołuje się Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., zamawiający, na rzecz których wykonywano te zadania oświadczyli, że w ramach ich realizacji nie został wykonany żelbetowy monolityczny mur oporowy o objętości powyżej 200 m³, czego dowodzi pismo PKP PLK S.A. z 19 maja 2020 r. oraz pismo GDDKiA z 13 maja 2020 r.

Zatem w zakresie wszystkich zadań podanych w wykazie w zakresie doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej wykonawca podał nieprawdziwe informacje.

Działanie Eurovia Polska S.A. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o., polegające na wpisaniu w wykazie informacji sprzecznych z rzeczywistością należy ocenić w kategorii uchybienia skutkującego wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem wykonawców było zweryfikowanie informacji, na które zamierzają się powołać, zwłaszcza jeżeli odnosi się to do informacji mających istotne znaczenie dla prowadzonego postępowania, albowiem odnoszących się punktowanego w ramach kryterium oceny ofert doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej. Nawet jeżeli nie było to zachowanie świadome, to z całą pewnością kwalifikuje się ono jako niedbalstwo lub lekkomyślność, czyli sytuację, w której wykonawca nie zweryfikował w sposób dostateczny informacji przekazanych przez inny podmiot. Zgodnie z art. 355 §1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności (por. wyrok SN z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest oceniany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. wyrok SN z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zachowanie Zamawiającego narusza art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powinien był on wykluczyć z postępowania Eurovia Polska S.A. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., którzy na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, gdyż osoby przez nich wskazane do pełnienia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej nie mają doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, i opisanego jako jedno z kryteriów oceny

ofert. Obaj wykonawcy mogli z łatwością zweryfikować prawdziwość informacji w zakresie doświadczenia kierowników A. P. oraz S. L. Odwołującemu zajęło to kilka do kilkunastu dni, a nie mógł zwrócić się o przedstawienie rzetelnego potwierdzenia doświadczenia zawodowego u samych zainteresowanych, niemniej uzyskanie tych informacji nie wiązało się z utrudnieniami, wystarczyło złożyć wniosek.

Podanie przez obu wykonawców informacji niezgodnych z prawdą miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, gdyż odnosiły się do kryterium oceny ofert. Obaj wykonawcy powinni byli otrzymać 0 pkt w ramach kryterium „doświadczenie kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych”, co przełożyłoby się na całkowitą punktację, tj. ich oferty powinny otrzymać odpowiednio 90 pkt i 88,68 pkt. Tym samym powinny zostać sklasyfikowane za ofertą złożoną przez Odwołującego (95,32 pkt.), która powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym.

Konsekwencją zaniechania wykluczenia Eurovia Polska S.A. jest naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wybrał bowiem ofertę Wykonawcy, który powinien być wykluczony z postępowania.

Postępowanie Eurovia Polska S.A. oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. może być również ujmowane w kategorii naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Doświadczenie kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych stanowiło również warunek udziału w postępowaniu (rozdział V pkt 1 ppkt 1.3.1 lit. b tiret 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Rzeczywiste doświadczenie osób podanych przez obu wykonawców na stanowisko kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie bowiem z przywołanym postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami do realizacji zamówienia posiadającymi doświadczenie i uprawnienia budowlane tj. kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej posiadający: • uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, • doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² i • doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³.

A. P. i S. L. nie mogą wykazać się łącznym doświadczeniem w realizacji obu typów robót. Zawarte w ofertach informacje wprowadzają zatem Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdział XIII, po zmianie treści z 30 marca 2020 r., przyjął, że jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu będzie doświadczenie kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej (10%), oceniane następująco:

- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² – 0 pkt.,
- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ – 0 pkt.,
- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² każde zamówienie – 5 pkt.,
- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ każde zamówienie – 5 pkt.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Eurovia Polska S.A. z postępowania, gdzie Eurovia Polska S.A. wskazała w ofercie cztery realizacje wykonane przez A. P., gdzie wykonawca wskazał, że pan P. kierował na tych realizacjach robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej, chociaż w dzienniku budowy dla zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu <<Modernizacja linii kolejowej E 20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II>> w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego” był wykazany jako jeden z trzech kierowników branży mostowej, co nie wykluczało kierowania robotami w zakresie konstrukcyjno-budowlanym na tym zadaniu w sposób niesformalizowany. Wskazane kierowanie robotami w rozumieniu wymagań Zamawiającego zawartych w materiałach przetargowych nie wskazywało na wymaganie przez Zamawiającego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej w pojęciu Prawa budowlanego, a jedynie powinno polegać na wykazaniu pełnienia faktycznego kierowania takimi robotami na danym zadaniu. Tak wskazane kryterium oceny ofert precyzowało, że wykonawcy mieli wykazać dysponowanie osobami posiadającymi

faktyczne doświadczenie w realizacji konkretnych robót na każdym szczeblu wykonawstwa i podwykonawstwa, gdzie tacy branżyści nie zawsze podlegają reżimowi definicji osób biorących udział w realizacji procesu budowlanego i podlegają wpisowi do dziennika budowy. Wobec tego uzyskanie przez Odwołującego informacji od zamawiających na realizacjach wskazanych w ofercie, gdzie nazwisko pana P. nie musiało być wskazane w dokumentach danej budowy, nie oznacza, że takich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czynności nie wykonywał. Intencją i wolą Zamawiającego było przeprowadzenie oceny doświadczenia w pełnieniu konkretnej funkcji w trakcie realizacji robót, a nie wskazanie osób oficjalnie wpisanych do dziennika budowy. Odwołujący wskazał, że pan P. nie był również wpisany

w realizacjach „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu <<Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II>> oraz „Budowa tunelu pod torami PKP, na przedłużeniu ul. Kilińskiego do ul. Składowej w Siedlcach” – wobec powyższej argumentacji przedmiotowe zarzuty są bezzasadne.

Co do realizacji inwestycji „Budowa drogi krajowej S 7 Elbląg – Olsztynek, etap I na odcinku Elbląg – Kalsk wraz z budową drogi dojazdowej do pól od ul. Żuławskiej do ul. Nizinnej wzdłuż drogi krajowej nr 7 oraz rozbudową węzła drogowego Raczki”, przy której Odwołujący zarzucił, że powierzchnia monolitycznych płyt dennych na obiekcie PG-20 nie przekroczyła 600 m² Zamawiający wyjaśnił, że uznał warunek za spełniony na podstawie złożonego oświadczenia. W celu nieograniczania konkurencji Zamawiający nie wskazał, czy żelbetowa płyta denna o powierzchni minimum 600 m² ma być zrealizowana jako jeden element, czy też jako suma kilku odrębnych elementów. Istotne, aby powierzchnia 600 m² była wykonana w ramach jednego zadania.

Tym samym wykonawca Eurovia Polska S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, zaś oferta została prawidłowo oceniona w ramach kryteriów oceny ofert na podstawie oświadczeń złożonych w ofercie oraz przedstawia najlepszy wynik w rankingu ofert, wobec tego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w ocenie Zamawiającego nie zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o. Wykonawca ten wykazał w ofercie cztery realizacje wykonane przez S. L. wskazując, że kierował on na tych realizacjach robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej, chociaż w dzienniku budowy dla zadania wykonywanego dla PKP PLK S.A. pod nazwą „Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906” nie był kierownikiem robót

konstrukcyjno-budowlanych. Wskazane przez ww. wykonawcę kierowanie robotami w rozumieniu wymagań Zamawiającego zawartych w materiałach przetargowych nie wskazywało na wymaganie przez Zamawiającego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej w pojęciu Prawa budowlanego, a jedynie powinno polegać na wykazaniu pełnienia faktycznego kierowania takimi robotami na danym zadaniu. Tak wskazane kryterium oceny ofert precyzowało, że wykonawcy mieli wykazać dysponowanie osobami posiadającymi faktyczne doświadczenie w realizacji konkretnych robót na każdym szczeblu wykonawstwa i podwykonawstwa, gdzie tacy branżysci nie zawsze podlegają reżimowi definicji osób biorących udział w realizacji procesu budowlanego i podlegają wpisowi do dziennika budowy. Wobec tego uzyskanie przez Odwołującego informacji od zamawiających na realizacjach wskazanych w ofercie, gdzie nazwisko pana L. nie musiało być wskazane w dokumentach danej budowy, nie oznacza, że takich wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czynności nie wykonywał. Intencją i wolą Zamawiającego było przeprowadzenie oceny doświadczenia w pełnieniu konkretnej funkcji w trakcie realizacji robót, a nie wskazanie osób oficjalnie wpisanych do dziennika budowy. Odwołujący wskazał też, że pan L. nie był również wpisany w kolejnej realizacji, pod nazwą „Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice” – również w tym przypadku z powyższych powodów przedmiotowe zarzuty są bezzasadne. W zakresie inwestycji „Linia kolejowa E30 na odcinku Trzebinia-Krzeszowice w km 29,110-46,700” oraz „Budowa Autostrady A 1 na odcinku Tuszyn-Pyrzowice” Odwołujący zarzucił, że wbrew oświadczeniu złożonemu przez wykonawcę, zamawiający, na rzecz których wykonano te zadania, oświadczyli, że w ramach ich realizacji nie został wykonany żelbetowy mur oporowy o objętości powyżej 200 m³. Zamawiający wyjaśnił, że uznał warunek za spełniony na podstawie złożonego przez wykonawcę oświadczenia. W celu nieograniczania konkurencji Zamawiający nie wskazał, czy żelbetowy mur oporowy o objętości minimum 200 m³ ma być zrealizowany jako jeden element, czy też jako suma kilku odrębnych elementów. Istotne, aby objętość 200 m³ była wykonana w ramach jednego zadania.

Wywody Odwołującego przeprowadzone na okoliczność uchybienia przez Zamawiającego przepisom art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajdują potwierdzenia. Zamawiający, stosując instrumenty przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych, dokonał rzetelnej oceny oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z wyrokiem KIO 600/20 „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie określonej postaci winy nieumyślnej byłoby niezwykle trudne, gdyż wymagałoby dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby powody wprowadzenia w błąd zamawiającego. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta, jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Takie podejście ograniczałoby

znacząco zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy, decydując się na udział w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów. (...) Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.” Wobec takich wywodów nie można uznać, że działanie Zamawiającego wskazywało na naruszenie ww. przepisu, a tym samym nie może stanowić podstawy odwołania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zastrzeżone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), polegający na tym, że oferta wybranego wykonawcy, którą Zamawiający uznał za zgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w ocenie Odwołującego taka nie jest. Zamawiający nie zgodził się z tym zarzutem – Zamawiający jest uprawniony do określania wymogów, które będą najlepszym rozwiązaniem w realizacji danego zadania i będą zaspokajały jego interesy, a także będą adekwatne do zakresu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wybierając ofertę najkorzystniejszą, w żaden sposób nie naruszył przepisów ustawy.

III Stanowisko przystępującego Eurovia Polska S.A.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Eurovia Polska S.A. popierając stanowisko Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający interesu we wniesieniu przedmiotowego odwołania, ograniczając się do zwięzłego opisu swojej sytuacji w postępowaniu oraz wskazania, że na skutek sprzecznego z literą prawa postępowania Zamawiającego został pozbawiony możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jednak złożył ofertę opiewającą na kwotę netto 49.682.931,12 zł w sytuacji, w której Zamawiający przewidział na realizację zadania kwotę netto 49.062.423,06 zł, przekraczając tym samym dostępne inwestorowi środki o ponad 600 tysięcy zł. Przystępującemu znane jest stanowisko Izby w zakresie prawa do wniesienia odwołania w sytuacji, w której dana oferta nie mieści się w budżecie zamawiającego i nie wysuwa w tym zakresie tezy przeciwnej, wskazuje jednak na konieczność dochowania przez Odwołującego obowiązku wykazania swojego interesu, jak też ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść. Odwołujący winien przedłożyć dowód, który wskazywałby na chociaż potencjalną możliwość zwiększenia środków na realizację omawianej inwestycji. Odwołujący miał w tym celu bardzo szeroką gamę dostępnych środków, mógł sięgnąć chociażby do dostępnej uchwały budżetowej Zamawiającego lub zwrócić się z bezpośrednim zapytaniem w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej, co uczynił w odniesieniu do innych obszarów objętych odwołaniem. Obecnie interes Odwołującego jest wyłącznie pozorny, bowiem w przypadku, gdyby jego oferta okazała się najkorzystniejsza, Zamawiającemu przysługuje uprawnienie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do unieważnienia postępowania, czego Odwołujący nie wykluczył. W przypadku, gdyby oferta Odwołującego okazała się najkorzystniejsza, nie można na dzień dzisiejszy przyjąć, iż na pewno zostanie wybrana, a postępowanie nie zostanie unieważnione. Gdyby Odwołujący wskazywał, iż na skutek unieważnienia postępowania będzie miał kolejną szansę w nowo ogłoszonym postępowaniu i tym uzasadniał interes we wniesieniu odwołania, Izba wykluczyła taką możliwość, orzekając, iż „interes przywołany w art. 179 ust. 1 Pzp nie jest interesem materializującym się w ochronie ogólnie pojętej praworządności i korygowania nieprawidłowości działań czy też zaniechań zamawiającego, lecz interesem mającym na celu ochronę konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, ukierunkowanym na uzyskanie przez tego wykonawcę stanu, w którym dany wykonawca będzie mógł uzyskać dane zamówienie.” (wyrok KIO 419/19).

Co do zarzutu w zakresie doświadczenia A. P. w zakresie inwestycji pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu <<Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol etap II” – mur oporowy Przystępujący wskazał, iż błędne stanowisko Odwołującego prawdopodobnie wynika ze zbytniego zawężenia

zapytania skierowanego do inwestora. Wskazanie konkretnego obiektu, który spełnia wymagania Zamawiającego, miało stanowić wyłącznie ułatwienie dla sprawdzającego ofertę i nie było wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Przystępującego szczegółowa informacja odnosząca się do fragmentu inwestycji nie przesądza o braku możliwości powoływania się na jej pozostały zakres. Nie wiadomo też, w jaki sposób inwestor – PKP dokonywał swoich wyliczeń na potrzeby odpowiedzi na zapytanie Odwołującego. Przystępujący wskazał, że ostateczny wymiar prac będzie zależny od odpowiedniego ujęcia poszczególnych elementów składających się na roboty w zakresie muru oporowego. Inwestor, w ramach obiektu w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego, prawdopodobnie nie uwzględnił objętości tzw. skrzydełek na głowicy tunelu w kierunku ul. Składowej oraz objętości obudowy wyjść dla pieszych z tunelu drogowego, będącymi żelbetonowymi, monolitycznymi murami oporowymi.

Różnice w stanowiskach wynikających z załącznika do odwołania a dokumentami przedłożonymi przez Przystępującego wynikają z tego, że w ramach wskazanego zamówienia roboty były realizowane w trzech etapach, tj.: Stacja Siedlce. Stacja Łuków i Stacja Międzyrzec Podlaski. Odwołujący w swoim piśmie do inwestora wniósł, aby wyjaśniona została kwestia Stacji Łuków, w ramach której zrealizowano obiekt, co do którego Przystępujący złożył powyższe wyjaśnienia. W ramach tego samego zadania bezspornym jest wykonanie żelbetonowego monolitycznego muru oporowego w zakresie etapu Stacja Siedlce, na dowód czego przedkłada poświadczenie z 14 lipca 2020 r. wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na okoliczność ilości wykonanego żelbetonowego monolitycznego muru oporowego.

Co do zarzutu w zakresie doświadczenia pana P. w zakresie inwestycji pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu <<Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol etap II” – kierowanie robotami zbrojarskimi Przystępujący potwierdził, iż w zakresie realizowanego zadania pan P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych, co nie wyklucza jego doświadczenia w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający. Zakres wskazany w ofercie został zrealizowany w ramach prac podwykonawczych prowadzonych przez podmiot trzeci – WARBUD S.A., do której to należało wykonanie wszystkich obiektów mostowych w zakresie wykazanego zamówienia. Pan P. pełnił funkcję kierownika robót mostowych i nadzorował realizację każdego obiektu mostowego wykonanego w ramach umowy zawartej przez wykonawcę zadania z WARBUD S.A., pełniąc jednocześnie rolę koordynatora i przedstawiciela podwykonawcy. Ze względu na złożoność oraz rozległy zakres robót pełnił swoją funkcję przy udziale kierowników robót, którzy wspomagali go w trakcie pełnionych obowiązków, dokonując pod jego nadzorem poszczególnych czynności faktycznych, jak

wprowadzanie wpisów w dzienniku budowy. Każdy pracownik realizujący prace dla WARBUD S.A. w ramach konstrukcji obiektów mostowych był podwładnym w stosunku do kierownika robót mostowych, co potwierdza schemat organizacyjny WARBUD S.A. i poświadczenie z 14 lipca 2020 r. wystawione przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na okoliczność określenia funkcji, jaką sprawował pan P. Co do okoliczności, iż na kontrakcie było aż trzech kierowników robót mostowych, Przystępujący wskazał, że pozostałe osoby wpisane do dziennika budowy jako pełniące tę funkcję, piastowały role drugorzędne i podległe koordynatorowi ze strony WARBUD S.A. Nie sposób odbierać panu P. nabytego doświadczenia i twierdzić, iż nie kierował robotami zbrojarskimi/betoniarskimi w sytuacji, w której zakres jego nadzoru i kontroli sięgał znacząco ponad roboty polegające na wykonaniu płyty dennej i muru oporowego. Przy założeniu Odwołującego kierownik budowy w ramach dużego zadania infrastrukturalnego nie nabywa żadnego doświadczenia w związku z jego realizacją, albowiem poszczególne branże są realizowane przez poszczególnych kierowników robót, bez jego fizycznego udziału.

Co do wykonania monolitycznej płyty dennej w zakresie zadania „Budowa drogi krajowej S7 Elbląg – Olsztynek, etap I na odcinku Elbląg – Kalsk wraz z budową drogi dojazdowej do pól od ul. Żuławskiej do ul. Nizinnej wzdłuż drogi krajowej nr 7 oraz rozbudową węzła drogowego Raczki” Przystępujący wskazał, występują podobne problemy w zakresie wyliczenia faktycznej powierzchni wykonanego elementu, jak wskazano powyżej. W ocenie Przystępującego wiele zależało od formy pytania zadanego inwestorowi i szczegółowości weryfikacji dokumentacji powykonawczej przez osobę udzielającą odpowiedzi.

Przystępujący wyjaśnił, iż celem ułatwienia zadania Zamawiającemu wskazał konkretny obiekt w zakresie realizacji zadania budowy trasy S7, do czego nie był zobowiązany, stąd nie sposób wysuwać z tego tytułu negatywnych dla niego konsekwencji. Co do rozbieżności w zakresie powierzchni monolitycznej płyty dennej wykonanej w zakresie przejścia PG-20, jaka występuje pomiędzy ofertą a załącznikami odwołania wskazał, że prawdopodobnie udzielający odpowiedzi (GDDKiA o/w Olsztynie) uwzględnił wyłącznie płytę wylaną w samym przejściu PG-20 i P-18 (zapytanie Odwołującego dotyczyło takiego zakresu) i nie uwzględnił elementów znajdujących się pod całkowitym obszarem konstrukcji przejść/przejścia, jak też w ich obrysie. Jednocześnie udzielający odpowiedzi nie zliczył etapu pierwszego wykonania płyty, tj. prac polegających na wylaniu warstwy z betonu B15, znajdującego się pod warstwą wykonaną w ramach etapu II i sięgającą swoim zasięgiem poza obszar samego przejścia. Zliczając roboty betoniarskie wykonane w ramach etapu I i II w zakresie przejścia PG-20 to 635,30 m². Na dowód Przystępujący przedłożył fragmenty dokumentacji projektowej w zakresie obiektu PG-20 (plan betonowania).

Niezależnie od przyjętej kalkulacji realizacja budowy drogi S7 spełnia wymagania Zamawiającego dla danego elementu. Płyta monolityczna stanowi jedną z form

fundamentowania, polegającą na wylewaniu na miejscu wykonania (*in situ*) wcześniej przygotowanej mieszanki betonowej stanowiącej jednorodną masę (stąd określenie „monolityczna”). Odmianą metodą jest metoda fundamentowania oparta na gotowych bloczkach/prefabrykacjach, które po uprzednim przygotowaniu instaluje się w wyznaczonym miejscu „z dowozu”. Zatem do kategorii monolitycznej płyty dennej należy zaliczyć każdy fundament wykonany w tej technologii w ramach powołanego zadania inwestycyjnego. W zakresie budowy drogi S7 przy udziale A. P. wykonano łącznie 13 obiektów mostowych i przejść podziemnych. Każdy z obiektów został osadzony na monolitycznej płycie dennej, na dowód czego Przystępujący przedłożył wymiary wraz z planami betonowania w zakresie etapu II robót zbrojarsko-betoniarskich. Dodatkowym dowodem popierającym twierdzenia Przystępującego jest oświadczenie biura projektowego odpowiedzialnego za dokumentację dla spornego odcinka S7, z którego jasno wynikają faktyczne ilości wykonanej monolitycznej płyty dennej w układzie: Obiekt/ Płyta (m²)/ Skrzydełka (m²), Razem: WD-15/ 198,39/ 198,39; M-16/ 112,80/ 112,80; WD-17/ 236,87/ 236,87; PG-18/ 183,41/ 26,51/ 209,92; WD-18/ 218,18/ 218,18; M-19/ 115,61/ 115,61; WD-20/ 335,30/ 335,30; PG-20/ 218,92/ 25,88/ 244,80; WD21/ 162,86/ 162,86; M22/ 199,42/ 199,42; WD23/ 175,78/ 175,78; M24A/ 220,74/ 220,74; WD24B/ 120,60/ 120,60, razem 2.551,27 m². Przystępujący podkreślił, że warunek i kryterium postawione przez Zamawiającego nie wskazuje, iż monolityczna płyta denna musi zostać wykonana jako jedna powierzchnia, w jednym etapie wylania betonu, a jedynie, iż odpowiednia ilość płyty dennej (min. 600 m²) musi zostać wykonana w ramach danego zadania. Inna interpretacja tego zapisu prowadziłaby do jego wykładni rozszerzającej, co prowadziłoby do znaczącego pogorszenia sytuacji wykonawców, którzy odczytywali ten warunek w odmienny, lecz dozwolony sposób. Jak wskazała Izba w wyroku KIO 2154/19 „wszelkie niejasności w formułowaniu warunków oceny w ramach kryterium niewątpliwie nie powinny być interpretowane na niekorzyść wykonawcy”. Z odczytaniem kryterium problem miał sam Odwołujący, który dla zadania pn. „Rozbudowa ciągu ulicy Zwoleńskiej, Żegańskiej na odcinku od ul. Mrówczej w dzielnicy Wawer z przeprowadzeniem ruchu pod linią kolejowo relacji Warszawa – Lublin i dwoma jezdniami ul. Patriotów” wskazał monolityczną płytę denną o powierzchni 4.985,30 m², podczas gdy według inwestora – Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie była to płyta o powierzchni 734,71m². Tak duża omyłka w przedstawieniu danych sugeruje, że może dochodzić do różnych metod obliczania powierzchni płyty dennej, co tym samym nie wyklucza poprawności kalkulacji Przystępującego i braku pełnych danych zamieszczonych w odpowiedzi na wniosek o dostęp do informacji publicznej. Tym samym Przystępujący poprawnie i prawidłowo przedstawił informacje, które są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i brak jakichkolwiek podstaw do zastosowania normy z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do stwierdzenia, czy Przystępujący faktycznie przedstawił informacje wprowadzające w błąd czy też informacje nieprawdziwe. W wyroku KIO 100/19 wskazano, kiedy można mówić o informacji nieprawdziwej, tj. zawarta w przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania.

W zakresie wykonania 200 m³ muru oporowego w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków” Przystępujący wyjaśnił, iż doszło do omyłki w obliczaniu powierzchni w zakresie konkretnego obiektu, jak również do sformułowania nieprecyzyjnego zapytania Odwołującego względem inwestora – PKP, a informacje pochodzące od Przystępującego są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

W zakresie doświadczenia pana P. na realizacji inwestycji „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków” doszło do zawężającej interpretacji postawionego kryterium przez Odwołującego. Pan P. kierował w ramach przedstawionego zamówienia robotami zbrojarsko-betoniarskimi o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, jednakże w ramach swoich obowiązków pełnił funkcje kierownicze dla pełnego zakresu, większego aniżeli ten, o którym mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a informacje pochodzące od Przystępującego są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

W zakresie ilości wykonanej monolitycznej płyty dennej w ramach zadania „Budowa drogi krajowej S7 Elbląg – Olsztynek” Przystępujący wskazał swoją metodologię obliczania powierzchni dla obiektu PG-20, który został przywołany w treści oferty, jak też potwierdził faktyczne ilości łącznej ilości elementu konstrukcyjnego, wykonanego w ramach całego zadania, a informacje pochodzące od Przystępującego są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

W ocenie Przystępującego źródłem problemów w zakresie interpretacji informacji przekazanych w jego ofercie było wskazanie w ramach kryterium oceny ofert konkretnych obiektów inżynierskich dla danej inwestycji umieszczonej w formularzu. Odwołujący odnosząc się do konkretnego kilometrażu lub obiektu znacząco zawęził możliwości odpowiedzi poszczególnych inwestorów prowadząc do otrzymania wiadomości niepełnej (np. zapytał wyłącznie o jedną stację z trzech). Odwołujący dokonuje też nadinterpretacji lub zawężenia poszczególnych kryteriów postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Opis kryterium brzmiał: „Doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na...”. W ocenie Przystępującego nie sposób na niniejszym etapie przyznać zapisowi inne tłumaczenie niż wyłącznie brzmienie literalne. Wobec powyższego należy

uznać, że wskazany warunek spełnia każda osoba, która w swoim zakresie kierowała pracami o parametrach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Przystępującego można tu zakwalifikować personel, który zrobił mniej (np. tylko mur oporowy i monolityczną płytę denną), jak też personel, który oprócz wskazanych robót kierował także innymi wchodzącymi w zakres całej realizacji robotami. Odwołujący nie wykazał, iż zapis specyfikacji należałoby rozumieć w sposób odmienny.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1468/18 „odmienne rozumienie przez wykonawców tych samych postanowień SIWZ wobec braku nadania im znaczenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania nie może prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawił informację wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania”.

Co do odczytania kryterium na płaszczyźnie obliczania powierzchni monolitycznej płyty dennej Przystępujący powołał się na wyrok KIO 1959/19, w którym wskazano, że „przekonanie wykonawcy, choćby subiektywne, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymogi zamawiającego, nie może być uznawane za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd – tym bardziej w sytuacji, kiedy spełnienie danych wymagań jest sporne”. Przystępującemu nie jest mu znana przyczyna, dla której GDDKiA o/w Olsztynie pominął w swojej odpowiedzi pozostałe 11 obiektów wykonanych w ramach tamtejszej inwestycji.

Warunek w zakresie płyty dennej brzmiał „doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetonowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m²”. Żaden fragment zapisu nie nakazuje, aby płyta denna została wykonana w jednym etapie, czy też w ramach jednego obiektu. Kryterium odnosi się do całego zamówienia i właśnie w ramach całego zakresu powinno się wykazać wykonanie odpowiedniego zakresu prac (wyrok KIO 1468/18). W ocenie Przystępującego przekazane Zamawiającemu informacje nie odbiegają od stanu rzeczywistego, a jedynie z ostrożności mogą stanowić przedmiot różnych interpretacji poszczególnych uczestników postępowania. W związku z okolicznością udowodnienia i przyznania informacjom przymiotu prawdy, nie sposób mówić o wprowadzeniu przez Eurovia Polska S.A. Zamawiającego w błąd, co przesądza o braku możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący też w żaden sposób nie starał się wykazać przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, co czyni zarzut w tym zakresie bezzasadnym.

Wobec braku podstaw dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych brak będzie podstaw dla uznania prawidłowości zarzutu dotyczącego art. 91 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób działanie Zamawiającego miałyby prowadzić do jego naruszenia, co czyni go również oczywiście bezzasadnym.

IV Stanowisko przystępującego Miejskiego Przedsiębiorstwa Dróg i Mostów Sp. z o.o.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. popierając stanowisko Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że zarzuty podniesione w odwołaniu są chybione i nie polegają na prawdzie. Zamawiający w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w brzmieniu nadanym zmianą z dnia 30 marca 2020 r. przyjął, że jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu będzie doświadczenie kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej (10% wagi), oceniane następująco (brzmienie zostało wskazane w stanowiskach powyżej). W zakresie oceny prawdziwości i rzetelności informacji podanych w ofercie Przystępującego zasadnicze znaczenia ma sposób sformułowania przez Zamawiającego wymogu doświadczenia osoby, która ma pełnić funkcję kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej. Zamawiający nie wymagał, aby wykazać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej, wymagał natomiast, aby osoba wykazywana w ofercie posiadała „doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu (...)” i odpowiednio cyt.: „doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu (...)”. Przy tak postawionym kryterium oceny ofert wykonawcy mieli wskazać osoby posiadające faktyczne doświadczenie w realizacji konkretnych robót, a dokładniej doświadczenie w kierowaniu zamówieniem (zamówieniami) polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej oraz żelbetowego monolitycznego muru oporowego. Wykazanie pełnienia funkcji kierownika robót nie było przez Zamawiającego wymagane. Gdyby intencją (wołą) Zamawiającego była ocena doświadczenia w pełnieniu konkretnej funkcji w trakcie realizacji robót, z pewnością w sposób jednoznaczny określiliby, iż wskazana w ofercie osoba, która będzie pełniła funkcję kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej, musi wykazać się doświadczeniem w pełnieniu takiej samej funkcji w trakcie realizacji innych zamówień. W związku z powyższym Odwołujący nie wykazał, że MPDiM Sp. z o.o. na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co winno skutkować jego wykluczeniem.

Załączone do odwołania pismo PKP PLK S.A z 19 maja 2020 r. zawiera informację o osobie pełniącej funkcję kierownika robót w ramach zadania „Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906”, kolejne pismo PKP PLK S.A. z 19 maja 2020 r. wskazuje, kto pełnił funkcję kierownika robót na zadaniu „Budowa połączenia

kolejowego MPL Kraków-Balice". Fakt, że w obu tych inwestycjach pan L. nie pełnił formalnie funkcji kierownika robót, nie oznacza, że osoba ta nie ma wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w kierowaniu zamówieniami polegającymi na wykonaniu konkretnych prac – pan L. kierował realizacją robót polegających na wykonaniu płyty dennej w ramach tych zamówień, a każda z tych płyt – zgodnie z przywołanymi pismami PKP PLK S.A. – miała powierzchnię powyżej 600 m².

Prowadzone w ramach dwóch ww. inwestycji prace obejmowały w rzeczywistości wykonanie żelbetowego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³, a S. L. brał udział w realizacji tych prac w zakresie, w jakim wykazano w ofercie. W obu inwestycjach wykonywane były konstrukcje oporowe, które były murem oporowym, mimo iż w taki sposób – jak można wnioskować z pism inwestorów – nie były określone w dokumentacji, jaką dysponuje PKP PLK S.A. oraz GDDKiA.

W prawie budowlanym nie ma definicji muru oporowego. Nie oznacza to jednak, że pojęcie to można interpretować dowolnie. Biorąc pod uwagę definicję słownikową i orzecznictwo sądowe można stwierdzić, że mur oporowy jest konstrukcją, która zabezpiecza teren przed osuwaniem się ziemi. Każdy obiekt pełniący taką funkcję jest więc murem oporowym. Zgodnie z wyrokiem WSA w Lublinie z 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt II SA/Lu 693/13 „ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane nie zawiera legalnej definicji <<murów oporowych>>. Posługuje się natomiast pojęciem <<konstrukcji oporowej>>, zaliczając ją do budowli wymienionych w art. 3 pkt 3. Legalna definicja <<konstrukcji oporowej>> znajduje się natomiast w § 3 pkt 4 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 63, poz. 735 ze zm.). Zgodnie z tą definicją przez konstrukcję oporową rozumie się budowle przeznaczone do utrzymywania w stanie stateczności uskoku naziemu gruntów rodzimych lub nasypowych. Ponadto w myśl definicji konstrukcji oporowej wskazanej w art. 4 pkt 16 ustawy o drogach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 260 ze zm.), pod pojęciem tym rozumie się budowlę przeznaczoną do utrzymania w stanie stateczności nasypu lub wykopu. Definicja ściany oporowej zawarta w Polskiej Normie PN-83/B-03010 pt. <<Ściany oporowe. Obliczenia statystyczne i projektowe>> stanowi, iż pod pojęciem tym należy rozumieć – budowlę utrzymującą w stanie statecznym uskok naziemu gruntów rodzimych lub nasypowych albo innych materiałów rozdrobnionych. Nadto w orzecznictwie sądowo-administracyjnym wielokrotnie wskazywano, że celem muru oporowego jest zabezpieczenie danego terenu przed oddziaływaniem mas ziemnych lub wodnych z innego terenu. Decydujące bowiem znaczenie przy kwalifikowaniu muru jako oporowego ma funkcja, jaką on pełni. Konstrukcje oporowe (mury oporowe) mają przede wszystkim za zadanie zabezpieczenie terenu przed osuwaniem się gruntu z terenu położonego wyżej, podczas gdy ogrodzenia oddzielają od siebie części terenu. Jeżeli

dominującą funkcją konstrukcji jest zabezpieczanie przed osuwaniem się ziemi, na co może wskazywać również charakter użytych do jej wzniesienia materiałów zapewniających stabilność – należy uznać, że stanowi ona mur oporowy. Z punktu widzenia prawa budowlanego obiekt budowlany należy kwalifikować, przede wszystkim ze względu na jego przeznaczenie, czyli funkcję, jaką ma pełnić (por. wyroki NSA: z dnia 21 listopada 2006 r. sygn. akt II OSK1371/05 oraz z dnia 21 marca 2006 r. sygn. akt II OSK 667/05 oraz wyroki WSA: w Krakowie z dnia 8 października 2008 r., sygn. akt II SA/Kr 704/08 i w Rzeszowie z dnia 18 maja 2010 r., sygn. akt II SA/Rz 152/10).”

Zgodnie z § 68 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 r., nr 63, poz.735 ze zm.) konstrukcje oporowe mogą występować w szczególności jako elementy konstrukcji obiektów mostowych obramowujących korpus drogi, elementy konstrukcji tuneli i przepustów, stanowiące ich główlice, samodzielne konstrukcje związane z drogą. Zgodnie zaś z § 69 rozporządzenia konstrukcje oporowe, w tym przyczółki i ściany boczne, powinny spełniać wymagania Polskich Norm odnoszących się do ścian oporowych, z wyjątkiem obliczeń wytrzymałościowych i wymiarowania, które podlegają Polskim Normom dla obiektów mostowych, oraz powinny uwzględniać wymagania określone w ust. 2, dotyczące minimalnej grubości elementów żelbetowych.

W ramach modernizacji linii kolejowej nr E30 na odc. Trzebinia – Krzeszowice km 29,110-46,700 wykonano wiadukt drogowy, a w jego zakresie żelbetowe przyczółki wraz ze ścianami bocznymi (skrzydła). W ramach „Budowy Autostrady A1 na odcinku gr. woj. śląskiego/lódzkiego — Pyrzowice” wykonano wiadukt drogowy, a w jego zakresie żelbetowe przyczółki wraz ze ścianami bocznymi (skrzydła). Powyżej przedstawiona argumentacja prowadzi do wniosku, że oba wskazane elementy tj. żelbetowe przyczółki wraz ze ścianami bocznymi (skrzydłami) są murami oporowymi, jak to wykazano powyżej.

W ofercie Przystępującego wskazano, że kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej – S. L. posiada doświadczenie w zakresie kierowania zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 4.335 m² w ramach zadania „Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906”, realizowanego na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Potwierdzeniem wykazanego doświadczenia jest oświadczenie E&C Sp. z o.o. z 29 czerwca 2020 r., z którego wynika, że p. L. posiada doświadczenie w kierowaniu robotami w branży konstrukcyjno-budowlanej i pełnił obowiązki kierownika robót z ramienia firmy podwykonawczej dla zadania „Wykonanie robót polegających na zabezpieczeniu przeciwwodnym na al. Tarnowskich w Tarnowie w ramach zadania <<Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej Kraków – Medyka na odcinku Biadoliny – Tarnów w km 61,300 – 80,200 w ramach projektu: Modernizacja linii kolejowej E30/C-E30,

odcinek Kraków – Rzeszów, etap III”. Zakres robót realizowanych i nadzorowanych przez p. L. obejmował kompleksowe wykonanie robót ciesielskich, betoniarskich, zbrojarskich i montażu elementów doszczelnień wanny żelbetowej. Zatem pan L. ma wymagane w postępowaniu doświadczenie w kierowaniu zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m².

W ofercie wskazano też, że pan L. posiada doświadczenie w zakresie kierowania zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 700 m w ramach zadania „Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice”. Potwierdzeniem doświadczenia jest oświadczenie Mostbud Kraków Sp. z o.o. z 7 lipca 2020 r., z którego wynika, że p. L. posiada doświadczenie w kierowaniu robotami branży konstrukcyjno-budowlanej i nadzorował prace z ramienia tej firmy. Mostbud Kraków Sp. z o.o. była na przedmiotowym zadaniu zgłoszonym podwykonawcą, a w zakresie wykonanych przez nią robót było wykonanie płyty dennej. Zakres robót realizowanych i nadzorowanych przez p. L. obejmował kompleksowe wykonanie robót ciesielskich, zbrojarskich, betoniarskich, montażu elementów doszczelnień i wykończeniowych. W związku z tym pan L. ma wymagane w postępowaniu doświadczenie w kierowaniu zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m².

W ofercie wskazano, że pan L. posiada doświadczenie w zakresie kierowania zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 240 m³ w ramach zadania „Linia kolejowa E30 na odcinku Trzebinia-Krzeszowice w km 29,110-46,700”. Potwierdzeniem doświadczenia są oświadczenia firmy Budimex S.A. z 1 lipca 2020 r., z których wynika, że pan L. pełnił obowiązki kierownika robót w branży konstrukcyjno-budowlanej i mostowej z ramienia firmy podwykonawczej. W dokumencie tym wymieniono zakres robót realizowanych i nadzorowanych przez p. L., tj. wykonanie przejścia podziemnego w km 45,237, estakady w km 45,009, mostu kolejowego w km 44,222, mostu drogowego w km 44,236 oraz wiaduktu drogowego w km 39,910. Mur oporowy, którego realizacja była podstawą wykazywanego doświadczenia, został zrealizowany na wiadukcie drogowym w km 39,910. Objętość muru oporowego wyliczono na podstawie tabeli przedstawiającej zestawienie materiałów i wynosi 504,9 m³. W związku z powyższym przyjęć należy, że p. L. ma wymagane w postępowaniu doświadczenie w kierowaniu zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³.

W ofercie Przystępującego wskazano, że p. L. posiada doświadczenie w zakresie kierowania zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 320 m w ramach zadania „Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice”. Potwierdzeniem doświadczenia p. L. jest oświadczenie Ignacego Kołodzieja prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane Ignacy Kołodziej z 29 czerwca 2020 r., z którego wynika, że p. L. posiada doświadczenie w kierowaniu robotami w branży mostowej i pełnił obowiązki kierownika robót z ramienia tej firmy na inwestycji „Budowa autostrady A1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice odcinek E”, obiekty: WD354, WD355, WA357, WA365, Pz365a, WA366, WD367. Firma ta realizowała na przedmiotowym zadaniu roboty budowlane jako podwykonawca, a w zakresie wykonanych przez nią robót było wykonanie muru oporowego o objętości 345 m³ (objętość muru oporowego wyliczono na podstawie zestawienia materiałów). Zakres robót realizowanych i nadzorowanych przez pana L. obejmował kompleksowe wykonanie robót ciesielskich, zbrojarskich, betoniarskich i wykończeniowych. W związku z powyższym pan L. ma wymagane w postępowaniu doświadczenie w kierowaniu zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³.

Z ostrożności procesowej – na wypadek uznania, że wskazane przez doświadczenie pana L. nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu – Przystępujący wskazał, że należałoby przyjąć jedynie, że nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu, co winno skutkować wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie wykluczeniem, bowiem nie można przypisać wykonawcy zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa ani lekkomyślności przy przedstawieniu informacji.

V Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem przystępującego Eurovia Polska S.A. Odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający interesu we wniesieniu odwołania, ograniczając się do zwięzłego opisu swojej sytuacji w postępowaniu oraz wskazania, że na skutek sprzecznego z literą prawa postępowania Zamawiającego został pozbawiony możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jednak złożył ofertę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający przewidział na realizację zadania, przekraczając tym samym dostępne inwestorowi środki o ponad 600 tysięcy zł. Przy czym Przystępujący wskazał, że nie kwestionuje samej możliwości wniesienia odwołania w sytuacji, w której dana oferta nie mieści się w budżecie zamawiającego, lecz brak dochowania przez Odwołującego obowiązku wykazania swojego interesu, jak też ewentualnej szkody, jaką mógłby ponieść, gdyż Odwołujący winien przedłożyć dowód, który wskazywałby na chociaż potencjalną możliwość zwiększenia środków na realizację omawianej inwestycji.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje zaś, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Wykonawca biorący udział w postępowaniu, w szczególności taki, którego oferta nie została odrzucona, lecz sklasyfikowana na niższym miejscu w rankingu, z założenia ma prawo kwestionować zarówno wybór oferty najkorzystniejszej, jak też oferty swoich konkurentów sklasyfikowane wyżej – jeśli uzna, że czynność badania i oceny została dokonana nieprawidłowo. Jest to podstawowe prawo wykonawców, dla którego zostały ustanowione środki ochrony prawnej, bowiem udział w postępowaniu sam z siebie wskazuje na interes w uzyskaniu zamówienia (w tym celu składana jest oferta), a brak jego uzyskania jest szkodą (w rozumieniu przynajmniej utraconych korzyści). Ze względu na powyższą oczywistość wykonawcy nie muszą szczegółowo opisywać zakresu szkody, jaką mogą ponieść.

Jak wskazał przystępujący Eurovia Polska S.A., w orzecznictwie jednoznacznie przesądzono o możliwości wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego cena oferty przewyższa kwotę, którą dany zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację danego zamówienia – i prawo to nie jest kwestionowane przez Przystępującego. Przystępujący wskazuje jednak, że Odwołujący powinien wykazać, że Zamawiający będzie mógł zwiększyć środki na realizację zamówienia.

Zdaniem Izby jest to jednak zbyt daleko idące oczekiwanie i w praktyce co najwyżej dany zamawiający udowadnia, że nie jest w stanie zwiększyć planowanej kwoty. Jakkolwiek nie oznacza to automatycznie uznania przez Izbę, że wykonawca z tego powodu nie ma interesu we wniesieniu odwołania. Należy też zauważyć, że w niniejszej sprawie Zamawiający nie podnosił i nie wykazywał, że nie jest w stanie zwiększyć kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, zaś sama kwota 600 tysięcy złotych nie jest tak wysoka, jeśli przyrównać ją do wartości 49 milionów, jakie zostały na realizację inwestycji przeznaczone. Zatem nie jest nierealne zwiększenie planowanej kwoty o taką sumę.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie ma powodu odmawiać Odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania, a tym samym prawa do jego wniesienia.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść wyjaśnień

specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonych 30 marca 2020 r. oraz treść ofert Przystępujących) nie jest sporny między Stronami i Przystępującymi.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępujących oraz dokumentów przedstawionych przez nich w pismach procesowych i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Eurovia Polska S.A. i przystępującego MPDiM Sp. z o.o. z postępowania, pomimo tego, że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, tj. w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót z branży konstrukcyjno-budowlanej, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert,
2. art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przyjętych kryteriów oceny ofert, jako że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, powinien zostać wykluczony z postępowania,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego Eurovia Polska S.A. i przystępującego MPDiM Sp. z o.o. z postępowania, którzy to wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, poprzez podanie nieprawdziwych informacji w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osób wskazanych do pełnienia funkcji kierownika robót z branży konstrukcyjno- budowlanej,
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przywołane powyżej przepisy stanowią:

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera główne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazując, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza to postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym warunki udziału w postępowaniu pkt 1 ppkt 1.3. pppkt 1.3.1 lit. b Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jeśli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami do realizacji zamówienia posiadającymi doświadczenie i uprawnienia budowlane m.in. kierownikiem robót branży konstrukcyjno-budowlanej posiadającym:

- uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m²,
- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³.

Zmiana specyfikacji z 30 marca 2020 r. w zakresie kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej polegała na wykreśleniu wskazania „łącznie” w wymogu posiadania doświadczenia w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o łącznej objętości minimum 200 m³.

W rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający zawarł zaś kryteria oceny ofert, które po zmianie specyfikacji z 30 marca 2020 r. odnosiły się do: ceny ofertowej (brutto) – 60%, okresu rękojmi i gwarancji – 20%, doświadczenia kierownika budowy – 10%, doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej – 10%, przy czym kryterium

doświadczenia kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej miało być oceniane następująco:

- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² – 0 pkt,
- doświadczenie w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ – 0 pkt,
- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² każde zamówienie – 5 pkt,
- doświadczenie w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ każde zamówienie – 5 pkt.

Osoba, której doświadczenie będzie punktowane, musi być wyznaczona do realizacji zamówienia i wskazana w wykazie osób jako kierownik robót branży konstrukcyjno-budowlanej.

W odpowiedzi na pytanie nr 2 z 30 marca 2020 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „Pytanie nr 2: Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający pod pojęciem „doświadczenia w kierowaniu” użytym w pkt. V.1.3.1b SIWZ rozumie kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu robót budowlanych na stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub Kierownika budowy lub Kierownika robót?”, „Odpowiedź na pytanie nr 2: Zamawiający wymaga doświadczenia w kierowaniu, odpowiednio kierownika budowy, kierowników robót branżowych oraz geologa. Zamawiający rozszerza personel wykonawcy o osobę kierownika robót teletechnicznych (...)”.

Przystępujący Eurovia Polska S.A. jako osobę proponowaną na kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej wskazał A. P., dla którego wymienił następujące doświadczenie zawodowe:

1. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AQUA S.A.; Nazwa zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce Terespol, etap II” w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m²;

2. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie; Nazwa zadania: Budowa drogi krajowej S7 Elbląg – Olsztynek, etap I na odcinku Elbląg – Kalsk wraz z budową drogi dojazdowej do pól od ul. Żuławskiej do ul. Nizinnej wzdłuż drogi krajowej nr 7 oraz rozbudową węzła drogowego Raczki w ramach budowy przejścia podziemnego PG-20, w km 92+441 pod drogą S7; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni powyżej 600 m²;

3. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich POL-AOUA S.A.; Nazwa zadania: Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla LCS Łuków w ramach projektu „Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce – Terespol, etap II” w ramach budowy wiaduktu kolejowego (tunelu drogowego) w km 92,836 na przedłużeniu ul. Kilińskiego; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³;

4. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: Urząd Miasta Gdyni Gdynia; Nazwa zadania: Budowa III etapu Trasy Kwiatkowskiego w ramach przebudowy ul. Leszczyńki; Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości powyżej 200 m³.

Przystępującego MPDiM Sp. z o.o. jako osobę proponowaną na kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej wskazał S. L., dla którego wymienił następujące doświadczenie zawodowe:

1. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Przebudowa Alei Tarnowskich w związku z likwidacją przejazdu kolejowego w km 78.906; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 4.335 m²;

2. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Budowa połączenia kolejowego MPL Kraków-Balice; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni 700 m²;

3. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.; Nazwa zadania: Linia kolejowa E30 na odcinku Trzebinia-Krzeszowice w km 29,110-46 700; Zakres robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 240 m³;

4. Nazwa podmiotu, na rzecz którego realizowane było zadanie: GDDKiA Oddział w Katowicach; Nazwa zadania: Budowa Autostrady A1 na odcinku Tuszyn-Pyrzowice; Zakres

robót: Kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości 320 m³.

Z powyższego stanu faktycznego wynika, że obaj Przystępujący w dokumentach złożonych Zamawiającemu wskazali na realizacje z opisem zgodnym z wymaganiami Zamawiającego. Posługując się zamieszczonymi tam informacjami Zamawiający miał prawo uznać, że wykonawcy ci wykazali zarówno spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak i wymogów w zakresie kryteriów oceny ofert pozwalających im na uzyskanie 10 punktów. W tym zakresie zatem działanie Zamawiającego można uznać za prawidłowe. Odwołujący zakwestionował jednak prawdziwość przedstawionych przez wykonawców informacji, tym samym zaistniała konieczność sprawdzenia rzetelności kwestionowanych danych, czyli wykonania przez Zamawiającego dodatkowych czynności poza stwierdzeniem, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też wymogi kryterium, w postaci stwierdzenia, czy nie podlega wykluczeniu – z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych. W takiej sytuacji zamawiający nie może bowiem poprzestać na informacjach przedstawionych w ofercie – byłoby logicznie sprzeczne twierdzić, że powinny one stanowić podstawę decyzji w momencie, kiedy ich wiarygodność została podważona. Przy tym wykluczenie wykonawcy z powodów wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zostało w ustawie Prawo zamówień publicznych sformułowane jako obowiązek zamawiającego, a nie jego czynność uznaniowa.

Jakkolwiek w przedmiotowej sprawie zaistniała dodatkowa okoliczność faktyczna w postaci wskazania przez Zamawiającego, że przedmiotowe „wady” w informacjach przedstawionych przez Przystępujących nie mają znaczenia w sprawie, ponieważ jego wymogi były odmienne niż wskazane w ich interpretacji zaprezentowanej przez Odwołującego.

Co do interpretacji warunku udziału w postępowaniu i kryterium oceny ofert, zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie Izba jednak nie może się zgodzić, gdyż w jej ocenie jest ona sprzeczna z brzmieniem warunku i kryterium (które były jednakowe rzeczowo, różniły się jedynie liczbą realizacji). W obu przypadkach Zamawiający wymagał wykazania dla osoby kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej:

- doświadczenia w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² – jest to warunek udziału w postępowaniu, w kryterium nie punktowany (przyznanie 0 punktów),
- doświadczenia w kierowaniu minimum jednym zamówieniem polegającym na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ – jest to warunek udziału w postępowaniu, w kryterium nie punktowany (przyznanie 0 punktów),

- doświadczenia w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² każde zamówienie – jest to wymóg kryterium, za spełnienie którego Zamawiający miał przyznać 5 punktów,
- doświadczenia w kierowaniu minimum dwoma zamówieniami polegającymi na wykonaniu żelbetowego monolitycznego muru oporowego o objętości minimum 200 m³ każde zamówienie – jest to wymóg kryterium, za spełnienie którego Zamawiający miał przyznać 5 punktów.

Pierwsza część warunku udziału i wymogu kryterium odnosi się do „doświadczenia w kierowaniu zamówieniem”, przy czym spór powstał co do tego, czy należało wskazać doświadczenie jako kierownika robót lub budowy (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane), czy też każde „kierowanie” faktyczne w jakimkolwiek charakterze.

W ocenie Izby należało wykazać się kierowaniem jako kierownik robót lub budowy w rozumieniu art. 12 ust. 1 pkt 2 oraz art. 13 i nast. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r., pracami, w zakres których wchodziło wykonanie przedmiotowej żelbetowej monolitycznej płyty dennej lub żelbetowego monolitycznego muru oporowego.

Wskazuje na to przede wszystkim odpowiedź z 30 marca 2020 r. udzielona przez Zamawiającego na pytanie nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym wykonawca zwrócił się o wyjaśnienie, czy pod pojęciem „doświadczenia w kierowaniu” użytym w rozdziale V pkt 1.3.1 lit. b Zamawiający rozumie kierowanie zamówieniem polegającym na wykonaniu robót budowlanych na stanowiskach: Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy lub kierownika budowy lub kierownika robót, a Zamawiający wskazał, że wymaga doświadczenia w kierowaniu odpowiednio kierownika budowy, kierowników robót branżowych oraz geologa. Ze względu na to, że w lit. b zostały wskazane osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy, kierowników robót i geologa, należy uznać, że użyte określenie „odpowiednio” dotyczy przyporządkowania do odpowiedniego stanowiska – kierownik budowy dla kierownika budowy, kierownik robót dla kierowników robót i geolog dla geologa. Nie można się przy tym zgodzić ze stwierdzeniem, że odpowiedź ta dotyczyła wyłącznie wyboru spośród wskazanych w pytaniu stanowisk, gdyż Zamawiający odniósł się w niej do szerszego zakresu – także geologa oraz dodatkowego wymogu co do kierownika robót teletechnicznych.

Poza tym, w ocenie Izby, odpowiedź ta pośrednio wyjaśniła także, co Zamawiający rozumiał pod pojęciem „zamówienia”, tj. dane roboty budowlane, gdyż przy rozumieniu ogólnie jako kierowania wykonaniem „umowy” (jak często jest w warunkach rozumiane „zamówienie”), do zakresu stanowisk – spośród wymienionych w pytaniu – zaliczałby się także co najmniej Dyrektor Kontraktu. Poza tym wykonawcy, wykazując posiadane doświadczenie, powoływali się nie na całą umowę, lecz jej fragment, zatem i z przyczyn faktycznych „zamówienie” należy rozumieć

jako dany zakres prac odnoszący się do wykonania płyty dennej i muru oporowego (w ramach większego zakresu).

Poza tym rozumienie „kierowania” jako pełnienia funkcji kierownika robót lub budowy jest zgodne także z zasadami interpretacji wynikającymi z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, który wskazuje, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W uproszczeniu – oświadczenie i użyte w nim pojęcia należy rozumieć tak, jak są „normalnie” używane i rozumiane w danej branży lub środowisku.

Branża budowlana dysponuje szeroką gamą pojęć – zarówno ustawowych, jak i zwyczajowych, odnoszącą się m.in. do funkcji osób występujących w procesie budowlanym. I w przypadku, gdy dane pojęcie jest zdefiniowane w przepisach, co do zasady w takim znaczeniu jest używane. Zatem, gdy mowa o „kierowaniu”, automatycznie nasuwa się rozumienie „bycie kierownikiem” – a jako że przy robotach budowlanych „kierownik” to kierownik budowy lub kierownik robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, to pełnienie jednej z tych dwóch funkcji. Nazwanie swojego pracownika przez wykonawcę „kierownikiem” danych robót lub ich części, np. betoniarskich nie oznacza jeszcze, że pełnił on funkcję kierownika robót w znaczeniu powszechnie używanym w branży, tj. w rozumieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, o której mowa w ustawie Prawo budowlane. Podobnie jeśli chodzi o sferę zamówień publicznych (w której *notabene* przy robotach budowlanych używa się pojęć z zakresu ustawy Prawo budowlane i przepisów wykonawczych w znaczeniu nadanym przepisami – jeśli dany zamawiający nie zawrze w specyfikacji istotnych warunków zamówienia innej definicji danego pojęcia) i pojęć używanych w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, a od czasu wprowadzenia przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – także kryteriów oceny ofert. W obu tych dziedzinach w momencie, gdy mowa jest o doświadczeniu osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót budowlanych danej branży, bez dodatkowych wskazań, powszechnie rozumie się, że powinna posiadać doświadczenie w kierowaniu jako kierownik robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane). Wynika to nie tylko z logiki działania podmiotu formułującego wymogi, którą powinien się wykazywać zamawiający, ale także ustawowego nakazu formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażonego w art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający mógłby oczywiście sformułować warunek udziału lub wymóg kryterium w sposób odmienny od wskazanego powyżej, dopuszczając też inne stanowiska, lecz – w opinii Izby – wymagałoby to jednoznacznego wskazania w warunku i kryterium oceny ofert. W przeciwnym wypadku nie wiadomo, jaka jest granica wymogu: kierownik robót, majster,

brygadzysta, asystent kierownika, dyrektor, właściciel firmy wykonującej roboty, pracownik podwykonawcy, czy też osoba o nieustalonym statusie „faktycznym”, ale „kierująca” kimś lub czymś o nieustalonym zakresie. Należy tu przyznać rację Odwołującemu, że w takim przypadku wykonawcy konkurowaliby osobami o nierównych kwalifikacjach. A także nie wiedzieliby *a priori*, przed oceną zamawiającego, gdzie leży granica pomiędzy spełnieniem a niespełnieniem warunku lub wymogu kryterium. Naruszałoby to zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też przejrzystość postępowania.

Poza tym wątpliwy byłby także stosunek tych osób do osób formalnie ustanowionych na danych robotach budowlanych i odpowiedzialnych za ich wykonanie. Zgodnie ze słownikową definicją Słownika języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl) „kierowanie” to: „zarządzanie kimś lub czymś”, „wpływ na przebieg czegoś”, „prowadzenie w pożądanym kierunku” – przy robotach budowlanych czynności te przypisane są do kierownika budowy i kierowników robót, którzy decydują o poszczególnych czynnościach; zatem czy osoba faktycznie kierująca danymi pracami mogłaby zmieniać decyzje kierownika robót/budowy.

Kolejną przesłanką do rozumienia „kierowania” jako „kierownika robót/budowy” jest fakt, że wymóg taki pojawił się w kryterium oceny ofert. Jak wiadomo, warunek udziału w postępowaniu jest wymogiem – minimum, który musi spełnić wykonawca, by uznać jego kwalifikacje za wystarczające. Natomiast kryterium oceny ofert odnosi się już do jakichś kwalifikacji dodatkowych, zatem muszą one być odpowiednio wyższe.

Z art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że kryteriami oceny ofert są cena/ koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w tym organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zatem zamawiający, aby prawidłowo sformułować kryterium w zakresie kwalifikacji personelu wykonawcy, musi wskazać takie wymogi, które, przynajmniej w założeniu, przełożą się na jakość wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Tym samym na gruncie warunku sformułowanego przez Zamawiającego nie można uznać, że rozumienie „kierowania” należy odnieść do jakiegokolwiek osoby o nieustalonym statusie i zakresie odpowiedzialności, która „faktycznie” kierowała danymi pracami. Jeśli Zamawiający rzeczywiście dopuszczał dla proponowanego kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej inne doświadczenie niż jako kierownika robót/budowy – czemu przeczy odpowiedź na pytanie nr 2 – to powinien to wyraźnie wskazać.

Tym samym, w ocenie Izby, nie można uznać doświadczenia pana L. za spełniające wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia zarówno w zakresie warunku udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert.

Co do doświadczenia A. P. jako jednego z trzech kierowników robót branży mostowej w realizacji „Modernizacja linii kolejowej E20/CE20 na odcinku Siedlce Terespol, etap II” Izba stwierdziła, że w takiej sytuacji zastosowanie *per analogiam* powinna znaleźć zasada wskazana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 w zakresie występowania w grupie wykonawców, tj. punkt 3. sentencji, z której wynika, że „artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”. Trybunał przesądził tym samym, że doświadczenie jest kwestią faktyczną, a nie formalną.

Analogicznie kierownik robót będący jednym z trzech równocześnie powołanych kierowników danej branży, może się powoływać na doświadczenie w zakresie danych robót, jeżeli faktycznie uczestniczył w ich realizacji i to w sposób „konkretny” (czyli „istniejący realnie”, „precyzyjnie określony, rzeczowy”, „duży, znaczny”). Jest to kwestia do ustalenia faktycznego – czy pan P., pomimo że jego podpisy nie widnieją w dzienniku budowy, w taki właśnie sposób uczestniczył w wykonaniu przedmiotowych robót wskazanych w tabeli zamieszczonej w ofercie. Przy czym w opinii Izby można uznać, że jeżeli – jak wskazał przystępujący Eurovia Polska S.A. – pełnił on funkcję koordynatora kierowników robót branży mostowej i rzeczywiście przebywał na terenie budowy w trakcie wykonywania przedmiotowych robót uczestnicząc w kierowaniu nimi (jego udział nie był jedynie formalny), można uznać jego doświadczenie – na zasadzie podobnej do kierownika budowy, niezależnie od tego, że przepisy nie przewidują oficjalnej funkcji kierownika robót – koordynatora kierowników robót (bowiem w przeciwieństwie do osoby wskazanej wcześniej kierownikiem robót był).

Co do sporu dotyczącego wielkości płyty dennej i możliwości łączenia powierzchni różnych płyt Izba stwierdziła, że wymóg doświadczenia w wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² i „doświadczenia w wykonaniu żelbetowej monolitycznej płyty dennej o powierzchni minimum 600 m² każde zamówienie” należy rozumieć w taki sposób, że powierzchnię 600 m² należy odnieść do jednej sztuki płyty. Świadczy o tym użyta w warunku udziału i w kryterium liczba pojedyncza „płyty dennej o powierzchni” – nawet przy części dotyczącej dwóch zamówień, gdzie dodatkowo wskazano

„każda”, a także wskazanie, że płyta ma być monolityczna. Przy tym, w ocenie Izby, chodzi tu nie tylko o metodę wykonania, tj. wylanie betonu *in situ*, lecz także cechy fizyczne definiowane w pojęciu „monolit”, które oznacza „jednolity blok kamienny”, „element architektoniczny wykonany z tego bloku”, „przenośnie: jednolita, zwarta całość” (www.sjp.pwn.pl), czyli jednolitość i jedność. Zatem nie może być mowy o monolicie czy monolityczności w przypadku, gdy w grę wchodzi wiele pojedynczych elementów – jest to wtedy wiele monolitów, czy wiele płyt. Byłoby to też wbrew wykładni językowej wymogów sformułowanych przez Zamawiającego.

Takim rozumieniem, zdaniem Izby, wykazał się też przystępujący Eurovia Polska S.A. wskazując w pozycji 2. tabeli dotyczącej doświadczenia pana P. „w ramach budowy przejścia podziemnego PG-20”, czyli na płytę o największej powierzchni spośród wybudowanych.

Jeśli Zamawiający zamierzał przyjąć inne rozumienie warunku i kryterium, powinien to wyraźnie wskazać. W tym zakresie aktualna pozostaje wskazana przez Izbę argumentacja dotycząca interpretacji pojęcia „kierowanie”.

Wskazanie 600 m² i jednej płyty, w ocenie Izby, ma bezpośrednie powiązanie także z przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu, w którym – jak zgodnie potwierdziły Strony i Przystępujący – Zamawiający planuje wykonanie jednej płyty dennej o powierzchni ok. 1200 m². Zatem, powtórnie odnosząc się do zasady wskazanej w art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, wymiar ten i liczba płyt są proporcjonalnie powiązane z przedmiotem zamówienia (połowa powierzchni płyty zamawianej).

Co do sposobu obliczania powierzchni tej płyty, Izba zauważa, że w tej części warunku i kryterium Zamawiający wskazał na powierzchnię, czyli pojęcie występujące w płaszczyźnie – w przeciwieństwie do objętości, której użył do opisu muru oporowego. Zatem do opisu powierzchni używa się jedynie dwóch parametrów: długości i szerokości, nie zaś wysokości (głębokości) płyty. Tym samym w ramach warunku nie ma znaczenia, z ilu warstw płyta została wykonana, ponieważ powierzchnia poszczególnych warstw nie sumuje się – jej wymiar na płaszczyźnie ma obraz jedynie „rzutu z góry”.

Co do sporu, czy – jeżeli pierwsza warstwa ma powierzchnię większą niż druga warstwa – należy mierzyć warstwę pierwszą, czy drugą – zależy to od sposobu wykonania płyty. Ze stanowisk przedstawionych podczas rozprawy wynika, że celem i właściwą „płytą denną” była warstwa druga (górną), zatem to raczej do niej należy odnieść wymiar – bez niej wykonany element nie jest płytą żelbetową. Nie ma to jednak praktycznego znaczenia w niniejszej sytuacji, gdyż nawet warstwa pierwsza nie posiada wymaganej powierzchni 600 m².

Należy też zauważyć, że przystępujący Eurovia Polska S.A. załączył oświadczenie projektanta, który zaprojektował przedmiotową płytę, a projektant ten wskazał powierzchnię płyty 218,92 m² (nawet przy uwzględnieniu skrzydełek jest to 244,80 m²).

Co do kwalifikacji budowli jako muru oporowego lub też nie – Izba zgadza się w tym zakresie z argumentacją zawartą w przywołanym przez przystępującego MPDiM Sp. z o.o. wyroku WSA w Lublinie sygn. II SA/Lu 693/13. Podobne stanowisko zajął też WSA w Warszawie w wyroku z 4 lutego 2014 r., sygn. VII SA/WA 2163/13. W przywołanym wyroku WSA w Lublinie powołał się również na definicję zawartą w opracowaniu „Architektura i budownictwo” Witolda Szolgina, zgodnie z którą pod pojęciem muru oporowego rozumie się „mur pionowy, nachylony wykonany z cegły, kamienia, betonu lub innego materiału o odpowiedniej wytrzymałości, umacniający uskok terenu lub podcięcie stoku albo stanowiący zewnętrzną obudowę tarasu ziemnego, powstrzymujący sobą poziome lub ukośne parcie mas ziemi”. Sądy administracyjne w wyrokach zajmują jednolite stanowisko, tj. że obiekt budowlany należy kwalifikować przede wszystkim ze względu na jego przeznaczenie, czyli funkcję, jaką ma pełnić, natomiast dominującą funkcją konstrukcji (muru oporowego) jest zabezpieczanie przed osuwaniem się ziemi. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 13 grudnia 2011 r., sygn. II OSK 1832/10 wskazał, że mur oporowy to mur, który pełni funkcję konstrukcji oporowej zabezpieczającej przed osuwaniem się ziemi z terenu wyżej położonego.

Tym samym w ustaleniu, czy w danych realizacjach wykonano mury oporowe, należy kierować się przeznaczeniem obiektu oraz wskazanymi przez Zamawiającego wymaganiami co do jego budowy – ma być monolityczny i żelbetowy. Przy czym rozumienie pojęcia „monolityczny” wskazano powyżej.

Izba uznała odwołanie za zasadne ze względu na stwierdzenie niewykazania spełnienia przez Przystępujących warunków udziału w postępowaniu, jak też wymogów kryterium oceny ofert w zakresie kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej, nie stwierdziła jednak jednoznacznie przedstawienia nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Po pierwsze wynika to z faktu, że Zamawiający przedstawił – co prawda nieprawidłową w ocenie Izby – interpretację warunku i kryterium, jednak porównywalną ze stanowiskami Przystępujących. Po drugie, jak wskazał Przystępujący, również Odwołujący w wykazie zsumował wykonywane płyty, czemu Odwołujący skutecznie nie zaprzeczył – co może wskazywać na niejednoznaczność postaw wykonawców co do wymogów.

Po trzecie, art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiera trzy przesłanki:

- 1) przedstawienia informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa,
- 2) przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, 3) charakteru tych

informacji jako mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Lekkomyślność i niedbalstwo są pojęciami zaczerpniętymi z prawa karnego, wyjaśnionymi m.in. w art. 7 § 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny wskazującym, że przestępstwo nieumyślne zachodzi zarówno wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie (tj. lekkomyślność), jak i wtedy, gdy możliwości takiej nie przewiduje, choć powinien i może przewidzieć (tj. niedbalstwo).

Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera przesłanki: 1) zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, 2) wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji lub poprzez zatajenie tych informacji lub 3) niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów

O ile można się zgodzić z Odwołującym, że informacje w zakresie kwestionowanych realizacji są informacjami istotnymi i mającymi wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu czy oceny oferty, o tyle nie zostało udowodnione, że informacje te zostały przez Przystępujących przedstawione w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a tym bardziej zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Odwołujący zasadniczo pominął ten aspekt przepisów art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, w opinii Izby, czym innym jest uznanie, że nie zostało udowodnione, że osoby wskazane przez Przystępujących posiadają wymagane doświadczenie, a czym innym stwierdzenie, że nastąpiło to w wyniku zawinionego działania Przystępujących. Odwołujący również nie wykazał istnienia takich okoliczności.

Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w celu ponownej weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i wymogów kryteriów oceny ofert zgodnie ze wskazaniem niniejszego wyroku. Przy tym Zamawiający powinien mieć na uwadze, że status wykazu w ramach warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert jest różny, nawet jeśli został sporządzony w jednym dokumencie. W stosunku do warunków zastosowanie znajduje bowiem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast do kryteriów oceny ofert już nie. W tym przypadku bowiem orzecznictwo restrykcyjnie wskazuje na zasadę niezmienności treści oferty wyrażoną w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i brak możliwości korekty dokumentów w zakresie, w jakim dotyczą kryteriów oceny ofert.

Można to zobrazować na przykładzie przejścia podziemnego PG-20. Wykonawca nie musiał w wykazie wskazywać obiektu w ramach inwestycji, na którą się powoływał, ale wskazał ten

obiekt i stanowi to część jego oświadczenia. Jeśli realizacja ta odnosiłaby się do warunku udziału w postępowaniu, mógłby to oświadczenie skorygować w ramach uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazując inny obiekt. Natomiast w przypadku zakwalifikowania tej realizacji w ramach kryterium oceny ofert, oświadczenie to nie może zostać zmienione i nie może zostać wskazany nowy obiekt, nawet w ramach tej samej realizacji – nie ma bowiem przepisu zezwalającego na takie działanie, a sama czynność byłaby niezgodna ze stanowiskiem zabraniającym zmiany treści oferty po jej złożeniu wyrażanym wielokrotnie w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, np. w sprawie C-599/10 czy C-131/16.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: