

Sygn. akt: KIO 1219/21  
KIO 1222/21  
KIO 1227/21

## WYROK

z dnia 16 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Osiecka  
**Członkowie:** Andrzej Niwicki  
Ewa Sikorska

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. 23 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras SA z siedzibą w Walencji (Hiszpania)** (sygn. akt KIO 1219/21)

B. 23 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)** (sygn. akt KIO 1222/21)

C. 26 kwietnia 2021 r. przez **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** (sygn. akt KIO 1227/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzą **Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**

A. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21

B. przy udziale **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21 oraz po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21

C. przy udziale **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21

D. przy udziale **Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21

E. przy udziale **Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21

**orzeka:**

1. **Oddala odwołania o sygn. akt KIO 1219/21 oraz o sygn. akt KIO 1222/21.**
2. **Odrzuca odwołanie o sygn. akt KIO 1227/21.**
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras SA z siedzibą w Walencji (Hiszpania)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras SA z siedzibą w Walencji (Hiszpania)** tytułem wpisu od odwołania,
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1222/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja)** tytułem wpisu od odwołania,
5. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21 obciąża **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie:**

**dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania. Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, w imieniu i na rzecz których postępowanie prowadzi spółka Tramwaje Warszawskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 147-361931.

W dniu 23 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Roverpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Rover Infraestructuras SA z siedzibą w Walencji (Hiszpania), dalej „Odwołujący 1” lub „Roverpol”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez jego niezasadne zastosowanie, podczas gdy nie doszło do wypełnienia przesłanek objętych dyspozycją tego przepisu, Odwołujący 1 nie przedstawił bowiem informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, gdyż wszystkie informacje podane przez Odwołującego 1 są zgodne z prawdą i odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko Zamawiającego o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd
2. art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie umożliwienia przeprowadzenia przez Odwołującego 1 procedury samooczyszczenia, gdy tymczasem wykluczenie Odwołującego 1 z postępowania jest nieuzasadnione nawet w przypadku uznania, że przekazane informacje mają charakter nieprawdziwy (Odwołujący 1 przedstawił bowiem wyczerpujące i szczegółowe wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy) i nieproporcjonalne do rzekomych uchybień;  
a w konsekwencji
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, w szczególności przez interpretację niejednoznacznych

postanowień SIWZ w sposób niekorzystny dla wykonawcy (tj. z naruszeniem obowiązującej na gruncie Pzp reguły *in dubio contra proferentem*).

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania; uznania, że doświadczenie Pana A. K., zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodowa” oraz „Budowa mostu nad Starą Świną łączącego wyspy Karsibór i Wolin w Świnoujściu w Szczecinie” spełnia wymagania, o których mowa w rozdziale I pkt 5.1.2.2 ppkt 11) (warunki udziału) SIWZ oraz pkt 15 ppkt 15.2.2.3. „Doświadczenie Kierowników”, Podkryterium 3 (kryterium oceny ofert);

[ewentualnie, tj. w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliłaby stanowiska Odwołującego 1 o spełnienie wymogów kryterium oceny ofert z pkt. 15 ppkt 15.2.2.3 SIWZ w sposób uzasadniający przyznanie maksymalnej liczby punktów]

1. nakazania Zamawiającemu nieprzyznawania Odwołującemu 1 punktów z tytułu kryteriów pozacenowych, przy jednoczesnym zaniechaniu wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania;

[ewentualnie, tj. w przypadku, w którym Krajowa Izba Odwoławcza podzieliłaby stanowisko Zamawiającego o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd]

2. nakazania Zamawiającemu uznania, że złożone przez Odwołującego 1 wyjaśnienia wyczerpują wymogi w zakresie procedury samooczyszczenia lub nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego 1 do wykazania, że przeprowadzona została procedura samooczyszczenia;

[w każdym przypadku]

3. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dalszych czynności w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 23 kwietnia 2021 r. również wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gülermak Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja), dalej „Odwołujący 2” lub „Gülermak”, wnieśli odwołanie (sygn. akt KIO 1222/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2), art. 22d i art. 91 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 PZP przez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania, w sytuacji w której Odwołujący 2 nie wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunków udziału oraz pozacenowych kryteriów oceny ofert, w tym w szczególności nie podał Zamawiającemu - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa - nieprawdziwych informacji w zakresie

doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. związanych z inwestycją pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie” – takie stanowisko Zamawiającego wynika wyłącznie z niewyrażonej wprost, nieliteralnej, rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu;

2. art. 92 ust. 1 i 1a oraz art. 7 ust. 1 PZP przez brak wyjaśnienia, a nawet wskazania przez Zamawiającego podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia w zakresie inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”, w tym w szczególności całkowite zaniechanie podania w przekazanej Odwołującemu informacji o wykluczeniu powodów, dla których Zamawiający uznał, że art. 24 ust. 8 PZP nie znajduje zastosowania, a dowody przedstawione przez Wykonawcę na potrzeby procedury samooczyszczenia są niewystarczające, do czego zobowiązuje treść art. 92 ust. 1 i 1a PZP – uzasadnienie Zamawiającego w tym zakresie ograniczyło się natomiast wyłącznie do stwierdzenia *W przedmiotowym przypadku nie znajduje również zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp*, co jest wprost sprzeczne w powołanym powyżej przepisem, a także np. zasadą przejrzystości i uczciwej konkurencji;

3. art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1 PZP przez uznanie, że art. 24 ust. 8 i 9 PZP nie znajduje zastosowania oraz, że wykonawca podlega wykluczeniu, mimo że przedstawił on Zamawiającemu stosowne dowody, a także wyjaśnił istotne dla sprawy okoliczności, co jest podstawą do skutecznego skorzystania przez wykonawców z procedury samooczyszczenia;

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz 7 ust. 1 PZP przez niezasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania, w sytuacji w której w zakresie doświadczenia i kwalifikacji p. K. D. związanego z inwestycją pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowosieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86” art. 24 ust. 1 pkt 17) PZP nie znajdzie zastosowania, gdyż informacje przekazane Zamawiającemu w tym zakresie pozostają bez istotnego wpływu na wynik postępowania;

5. art. 7 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, jego przywrócenia do postępowania, dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz przyznania Odwołującemu 2 stosownej punktacji w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący 3” lub „Strabag”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1227/21), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Trakcja S.A. z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w zakresie doświadczenia p. K. M. - wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Torpol S.A. w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w zakresie doświadczenia p. A. Z. - wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które to doświadczenie stanowiło kryterium oceny ofert;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy Trakcja S.A., w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Torpol S.A., w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 5) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawcy Trakcja S.A. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta powinna podlegać odrzuceniu;
- 6) art. 91b ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaproszenie wykonawcy Torpol S.A. do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta powinna podlegać odrzuceniu;
- 7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący 3 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: wykluczenia z postępowania wykonawców Trakcja S.A. oraz Torpol S.A.; odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Trakcja S.A. oraz Torpol S.A.; unieważnienia czynności polegającej na zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej wykonawców Trakcja S.A. oraz Torpol S.A.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Gülermak

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. z siedzibą w Ankarze (Turcja).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21 przystąpił Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili: Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21; Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w sprawie o sygn. akt KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21; Torpol Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21; Trakcja Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 1227/21.

Pismami z dnia 9 czerwca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o ich oddalenie. Pisma procesowe złożyli również Odwołujący 2, przystępujący Trakcja S.A. oraz Torpol S.A.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania o sygn. akt KIO 12919/21 oraz KIO 1222/21 podlegają oddaleniu, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1227/21 podlega odrzuceniu.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania, informacji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego 1 oraz Odwołującego 2, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Odwołującego 2 oraz przystępujących, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 czerwca 2021 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września



2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019). Z uwagi na powyższe, Izba wydając wyrok w postępowaniu odwoławczym, wszczętym na skutek odwołań wniesionych w dniu 23 oraz 26 kwietnia 2021 r., zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej „nPzp”.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nPzp, skutkujących odrzuceniem odwołań w sprawie KIO 1219/21 oraz KIO 1222/21.

Izba uwzględniła wniosek przystępującego Trakcja Spółka Akcyjna o odrzucenie odwołania Strabag (KIO 1227/19) jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 nPzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 nPzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 nPzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do odwołującego Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. Niewątpliwie nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 nPzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Choć odwołujący Strabag jest osobą prawną, to nie on złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyli bowiem wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działający w formie konsorcjum Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag Rail a.s. siedzibą w Usti nad Labem (Czechy), co wynika w szczególności z oferty konsorcjum, informacji z otwarcia ofert oraz załącznika nr 1 do zaproszenia do aukcji elektronicznej. Odwołujący Strabag nie jest także uczestnikiem konkursu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 110 i następne ustawy Pzp, tj. konkursu. Nie można uznać także odwołującego za inny podmiot, gdyż pod pojęciem innego podmiotu należy definiować jednostkę organizacyjną, czy osobę prawną lub fizyczną, która nie jest ani wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30, ani uczestnikiem konkursu, aktywującą się np. w

zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu SWZ, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego.

Przepisu art. 505 nPzp nie można interpretować w sposób dowolny i przyznać prawo do składania środków ochrony prawnej także wykonawcom, którzy choć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działają wspólnie składając jedną ofertę, w postępowaniu odwoławczym samodzielnie korzystają ze środków ochrony prawnej. Na przeszkodzie takiej interpretacji stoi przede wszystkim art. 58 ust. 5 nPzp nakazujący stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. Tym samym to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a takie prawo nie przysługuje samodzielnie działającym podmiotom, wchodzącym w skład tej wspólnoty.

W niniejszej sprawie z treści odwołania (choćby z oznaczenia odwołującego, z treści pkt I, gdzie wskazano „działając w imieniu Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie”), a także pełnomocnictwa załączonego do odwołania (do reprezentowania Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w sprawach przed Krajową Izbą Odwoławczą), wynika, że odwołanie zostało złożone przez Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie. Z żadnego natomiast z powołanych wyżej dokumentów nie wynika wola odwołującego do działania w imieniu i na rzecz drugiego z członków konsorcjum - Strabag Rail a.s. siedzibą w Usti nad Labem. Do odwołania nie załączono także jakichkolwiek dokumentów, z których można byłoby wywieść wolę działania odwołującego w imieniu innym niż własne. Natomiast z treści informacji z otwarcia ofert oraz załącznika nr 1 do zaproszenia do aukcji elektronicznej wynika, że odwołujący nie składał samodzielnej oferty, potwierdza to także treść złożonej przez konsorcjum oferty.

Oczywistym jest, że to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a nie samodzielnie działającym podmiotom wchodzącym w skład tej wspólnoty. Wniesienie odwołania winno nastąpić w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji winno znaleźć wyraz w samej treści odwołania, jak i w sposobie reprezentacji tych wykonawców. Stąd samodzielnie wniesione przez odwołującego Strabag odwołanie należało ocenić jako odwołanie wniesione przez podmiot nieuprawniony, co wypełniło normę z art. 528 pkt 2 nPzp i skutkowało koniecznością odrzucenia odwołania.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu 1 oraz Odwołującemu 2 przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 nPzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniach czynności.

#### Sygn. akt KIO 1279/21

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach inwestycji „Budowa i przebudowa trasy tramwajowej w ciągu ul. Kasprzaka i ul. Wolskiej”. Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Zgodnie z pkt 5.1.2.2 ppkt 11) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający wymagał wykazania się osobą do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej (do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych) - co najmniej 1 osoba, która posiada co najmniej 12-miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\*(umowy), której przedmiotem była budowa lub przebudowa obiektu mostowego o rozpiętości przęsła min 10 m.

Zgodnie z pkt 15.2.2.3 SIWZ Podkryterium nr 3 - „Doświadczenie Kierownika robót mostowych (DKRM)”. Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót mostowych. Punkty zostaną przyznane zgodnie z tabelą, maksymalna liczba punktów: 4. 1. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 1 roboty budowlanej (umowy), spełniającej wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 11) - 0 pkt. 2. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 2 robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 11) - 2 pkt. 3. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 3 i więcej robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 11) - 4 pkt.

Ocena punktowa w kryterium „Doświadczenie Kierowników” zostanie dokonane na podstawie złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą Załącznika nr 3 do rozdziału IV – Wykazu Kierowników. W przypadku, gdy Wykonawca nie załączy do oferty wyżej wymienionego Załącznika nr 3, w kryterium „Doświadczenie Kierowników” otrzyma 0 pkt. Zamawiający zastrzega, że złożenie Wykazu Kierowników zawierającego niepełny zakres informacji, uniemożliwiający w sposób jednoznaczny potwierdzenie, że dana osoba posiada doświadczenie w ww. zakresie będzie skutkowało zaniechaniem przyznania dodatkowych punktów. Zamawiający nie przewiduje możliwości samodzielnego pozyskania niezbędnych

informacji na podstawie posiadanych dokumentów, przy czym może weryfikować przedstawione informacje.

Załącznik nr 3 do rozdziału IV – Wykaz Kierowników stanowił tabelę zawierającą 9 kolumn, gdzie w odniesieniu do kierownika robót mostowych w kolumnie nr 5 pn. *Osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót mostowych* należało wpisać nazwę stanowiska, w kolumnie nr 6 pn. *Przedmiotem inwestycji (opisanej w kolumnie 7) była budowa lub przebudowa obiektu mostowego o rozpiętości przęsła min 10 m* należało wpisać rozpiętość przęsła: .... M (co najmniej 10 m), w kolumnie 7 pn. *Nazwa inwestycji oraz podmiot, na rzecz którego została zrealizowana\*\* (na której osoba wskazana w kolumnie 3 pełniła funkcję wskazaną w kolumnie 5 w okresie wskazanym w kolumnie 8)* należało wpisać nazwę inwestycji: ..... oraz wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja została zrealizowana ....., w kolumnie 8 pn. *Okres, w którym osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie (wskazane w kolumnie 5) na inwestycji (wskazanej w kolumnie 7) od – do (dd.mm.rrrr)\*\*\** należało wpisać Od ... Do .... (min. 12 miesięcy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu).

Odwołujący 1 przedstawił w Wykazie Kierowników (dokument składany wraz z ofertą) Pana A. K. i podał:

- 1) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika robót mostowych na zadaniu „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodowa w Szczecinie” (rozpiętość przęsła 116 m, zadanie realizowane od 02.10.2017 do 30.10.2018);
- 2) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika robót mostowych na zadaniu „Budowa mostu nad Starą Świną łączącego wyspy Krasibór i Wolin w Świnoujściu.” (rozpiętość przęsła 68m, zadanie realizowane od 01.09.2011 do 17.12.2012);
- 3) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika robót mostowych na zadaniu „Przebudowa ul. Autostrada Poznańska w Szczecinie - most drogowy przez Odrę i Regalicę” (rozpiętość przęsła 62,5 m, zadanie realizowane od 01.06.2006 do 15.03.2008).

Zamawiający w ramach weryfikacji przedstawionych w Wykazie informacji, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była inwestycja z pozycji nr 1 Wykazu Odwołującego 1, tj. Zarządu Dróg i Transportu Miejskiego w Szczecinie (dalej „ZDiTM w Szczecinie”), informację, że ww. inwestycja nie obejmowała zakresem budowy lub przebudowy obiektu mostowego o rozpiętości przęsła 116 m; w ramach zadania wybudowano kładkę o rozpiętości 105,0 m i długości całkowitej konstrukcji stalowej ok. 116,5

m; ponadto, podczas realizacji ww. inwestycji Pan A. K. nie został zgłoszony przez wykonawcę robót jako Kierownik robót mostowych.

Zamawiający w ramach weryfikacji przedstawionych w Wykazie informacji podanych w poz. 2 Wykazu Odwołującego 1, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego wykonano ww. inwestycję, tj. Miasta i Gminy Świnoujście informację, że z dokumentacji posiadanej przez Wydział Inżyniera Miasta Urzędu Miasta Świnoujście, którego pracownicy nadzorowali ww. inwestycję, nie można wywnioskować jaką funkcję przy budowie mostu pełnił p. A. K. . W dziennikach budowy nie ma wpisu wykonanego przez Pana K., a z informacji uzyskanej od inspektora nadzoru wynika, że pan K. był pracownikiem firmy Montostal, która jako podwykonawca POLIMEXU wykonywała konstrukcję stalową mostu.

W dniu 12 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie, a informacjami przekazanymi przez ZDiTM w Szczecinie, dotyczącymi pełnienia funkcji kierownika robót mostowych oraz zakresu zrealizowanej inwestycji.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący 1 w dniu 17 marca 2021 r. wyjaśnił, że ww. *rozbieżności wynikają z faktu, że informacje podane przez ZDiTM w Szczecinie są nieprecyzyjne.* Odnośnie zgłoszenia Pana A. K. jako kierownika robót mostowych Odwołujący 1 wyjaśnił, że *nie wie dlaczego ZDiTM poinformował Zamawiającego, iż Pan K. nie był zgłoszony w charakterze kierownika robót mostowych. Z informacji ZDiTM w Szczecinie i pisma Zamawiającego nie wynika o jakie zgłoszenie chodzi (zgłoszenie do kogo i w jakim trybie dokonane).* Odwołujący 1 wyjaśnił, iż kwestia zgłoszenia nie ma znaczenia dla niniejszego postępowania, gdyż wymóg postawiony w SIWZ przez Zamawiającego dotyczył wyłącznie posiadania doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych bez żadnych dodatkowych warunków. Odwołujący wskazał, że *Generalnym Wykonawcą zadania pn. „Przebudowa ul. Krzewinkowej ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodową w Szczecinie” był Strabag Sp. z o.o., który podzlecał wykonanie prac w zakresie budowy rozbiórki kładki firmie Zakład Usług Stoczniowych i Mostowych w Szczecinie, która następnie zleciła zakres tych prac firmie Montostal Szczecin Sp. z o.o. w Szczecinie. Zgodnie z §2 ust. 2 Umowy podwykonawczej Montostal był zobowiązany zapewnić obecność kierownika robót. Ponieważ przedmiotem umowy podwykonawczej była rozbiórka starej i budowa nowej kładki, chodziło o obecność kierownika robót mostowych. Do tego zadania, w charakterze kierownika robót mostowych Montostal Szczecin oddelegował Pana A. K. . Pan A. K. został wpisany w Dziennik Montażu (stanowiącym załącznik do Dziennika Budowy) w sekcji „C” „Kierownik robót, specjalność — mostowa bez ograniczeń, Pan A. K. przekazał dokumentację warsztatową kładki Generalnemu Wykonawcy, następnie jako kierownik robót mostowych podpisał się na*

*protokole odbioru częściowego razem z inspektorami nadzoru inwestorskiego ze strony ZDiTM Szczecin, następnie łącznie z inspektorem ze strony ZDiTM Szczecin podpisał się na dokumencie inwentaryzacji powykonawczej „Kładki Pomorzany” oraz inwentaryzacji powykonawczej robót rozbiórkowych. Obecność Pana A. K. na wskazanym zadaniu, w charakterze kierownika robót mostowych potwierdza także inspektor nadzoru inwestorskiego Pan D. P. .*

Do wyjaśnień Odwołujący 1 załączył m.in. następujące dokumenty: Załącznik nr 4: Umowa podwykonawcza Montostal, Załącznik nr 5: TER, Załącznik nr 6: Dziennik Montażu, Załącznik nr 7: Protokół przekazania, Załącznik nr 8: Protokół Odbioru Częściowego, Załącznik nr 9: Inwentaryzacja powykonawcza robót rozbiórkowych, Załącznik nr 10: Oświadczenie Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

*Odwołujący wskazywał również, że w ocenie Wykonawcy, na zadaniu pn. „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodowa w Szczecinie” Pan A. K. nabył doświadczenie w charakterze kierownika robót mostowych, a ponadto Inwestor tego zadania - ZDiTM w Szczecinie miał pełną świadomość pracy Pana K. w charakterze kierownika robót mostowych.*

Zamawiający wezwał Odwołującego 1 w dniu 22 marca 2021 r. do złożenia kolejnych wyjaśnień, dotyczących informacji zawartych w złożonym wraz z ofertą Wykazie Kierowników, w którym Zamawiający podnosił, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił wraz z wyjaśnieniami załącznik nr 6 — Dokumentację odbiorową (Rew. 00 Dotycząca: Rozbudowy ul. Krzewinkowej ul. Budziszyskiej o ciąg pieszo rowerowy łączący ul. Budziszyską z ul. Zagonową w Szczecinie), w skład której wchodzi Dziennik Montażu U/17/DG-01/DM-01, wydany 04.12.2017 r., jednak w dokumencie tym brak jest wskazanego numeru dziennika budowy („Załącznik nr do dziennika budowy Nr .../...r.”). Zamawiający wskazał, że pełnienie obowiązków kierownika budowy, czy też kierownika robót w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. 2019, poz. 1186 z późn. zm.), potwierdzone zostaje wpisaniem do Dziennika Budowy lub zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w trakcie robót, a więc Wykonawca winien przedłożyć Zamawiającemu dowody w tym zakresie. Zamawiający wezwał wykonawcę do wykazania, że wskazany na str. 6-7 w poz. 1-3 Wykazu, Pan A. K. nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót mostowych przy budowie lub przebudowie obiektu mostowego realizowanego w ramach inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodowa w Szczecinie” w okresie od 2 października 2017 r. do 30 października 2018 r., został wpisany do Dziennika Budowy lub zgłoszony do Inspektoratu

*Nadzoru Budowlanego jako pełniący funkcję Kierownika robót mostowych lub Kierownika budowy ww. inwestycji.*

*W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący 1 w dniu 25 marca 2021 r. wyjaśnił, że: I. Złożenie ofert w niniejszym postępowaniu nastąpiło w dniu 11.02.2021. W ocenie Wykonawcy, wymagania Zamawiającego należy rozpatrywać poprzez stan prawny obowiązujący w dniu składania ofert. W dniu składania ofert nie obowiązywała Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w brzmieniu opublikowanym w Dzienniku Ustaw 2019 poz. 1186 z późn. zm., lecz wersja opublikowana w Dzienniku Ustaw 2020 poz. 1333 z późn.zm. Okoliczność ta ma istotne znaczenie, gdyż w dniu składania ofert obowiązywał przepis, zgodnie z którym do Dziennika Budowy wpisuje się wyłącznie kierownika budowy oraz inspektora nadzoru inwestorskiego (...), nie wpisuje się natomiast kierownika robót. W związku z powyższym przepisem, Wykonawca wskazując osobę na kierownika robót mostowych nie przewidywał, że będzie musiał wykazywać okres nabytego doświadczenia w oparciu o wpisy w Dzienniku Budowy.*

*II. Należy również wskazać, że Zamawiający formułując Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia nie przewidział, że stanowisko kierownika budowy ma być potwierdzone wpisem w Dzienniku Budowy. O ile odnośnie uprawnień budowlanych, Zamawiający precyzyjnie wskazuje jak należy je rozumieć, odwołując się przy tym do konkretnych przepisów Ustawy Prawo budowlanego, to w przypadku doświadczenia, Zamawiający nie wskazuje jak owo doświadczenie należy liczyć. Co więcej, treść Specyfikacji świadczy o tym, iż Zamawiającemu nie chodziło o doświadczenie potwierdzone wpisem w Dzienniku Budowy, lecz o realne doświadczenie nabyte podczas realizacji zadania. Na stronie 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wskazał, że: „Jeżeli terminy (pojęcia) użyte w SIWZ posiadają definicje ustawowe lub są używane w ustawie w określonym znaczeniu, to na potrzeby niniejszej SIWZ należy rozumieć je w taki sposób jak wynika z tych ustaw, chyba że z niniejszej SIWZ wynika inaczej.”*

*W punkcie 5.12.2. ppkt 11) Zamawiający wymagał wskazania kierownika budowy lub kierownika robót mostowych, który nabył co najmniej 12 miesięczne doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót mostowych. Mając na uwadze zapis siwz dotyczący pojęć ustawowych oraz zapis pkt 5.12.2. ppkt 11) wskazuję, iż Ustawa Prawo budowlane nie posługuje się pojęciem „stanowiska” tylko pojęciem „funkcji” (...). Dlatego też za nieuzasadnione należy uznać żądanie Zamawiającego sprecyzowane w tym zakresie dopiero na etapie oceny ofert, aby wykazywanie pełnienia funkcji kierownika robót następowało wyłącznie za pomocą dziennika robot, wykluczając tym samym możliwość skorzystania przez wykonawców z innych dokumentów związanych z procesem budowlanym.*

W celu potwierdzenia, iż Pan A. K. nabył doświadczenie na stanowisku kierownika robót mostowych w okresie od 2 października 2017 r. do 30 października 2018 r. Odwołujący załączył dodatkowo oświadczenia własne Pana A. K. .

W dniu 29 marca 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1 do wykazania, że wskazany na str. 6-7 w poz. 1-3 Wykazu, Pan A. K. nabył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót mostowych przy budowie obiektu mostowego realizowanego w ramach inwestycji wskazanej w poz. 2 Wykazu „Budowa mostu nad Starą Świną łączącego wyspy Krasibór i Wolin w Świnoujściu”, w okresie od 1 września 2011 r. do 17 grudnia 2012 r., tj. został wpisany do Dziennika Budowy lub zgłoszony do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego jako pełniący funkcję Kierownika robót mostowych.

Zamawiający zwrócił w ww. piśmie uwagę, że przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności (art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane obowiązującej zarówno na dzień wykonania wykazanych robót, wszczęcia przedmiotowego postępowania, jak i na dzień złożenia oferty). Ustanowienie kierownika robót musi być zarejestrowane w dzienniku budowy w formie odpowiedniego wpisu (§6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia, który to przepis obowiązuje w niezmienionym brzmieniu od wejścia w życie).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący 1 pismem w dniu 1 kwietnia 2021 r. wyjaśnił, że Pan A. K. zajmował stanowisko kierownika robót branży mostowej - konstrukcja stalowa na inwestycji „Budowa mostu nad starą Świną łączącego wyspę Karsibór i Wolin w Świnoujściu” w okresie od dnia 1.09.2011 do dnia 17.12.2012 r.

Na potwierdzenie powyższego, Odwołujący 1 załączył: (a) Protokół odbioru technicznego mostu z dnia 7 listopada 2012 r., (b) oświadczenie o wykonaniu konstrukcji zgodnie z projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę, przepisami i obowiązującymi Polskimi Normami, (c) oświadczenie własne Pana K. . Odwołujący 1 wskazał, iż obecność Pana K. w charakterze kierownika robót mostowych potwierdzona jest także podpisem kierownika budowy oraz inspektora nadzoru.

Izba ustaliła, że z załączonego do wyjaśnień Protokołu odbioru technicznego mostu, spisanego dnia 7 listopada 2012 r. w Świnoujściu, wynika, że Kierownikiem robót mostowych była Pan M. M., a Pan A. K. został wskazany jako kierownik robót konstrukcji stalowej.



Odnośnie konieczności wpisu kierownika robót do dziennika budowy Odwołujący 1 przedstawił argumenty, iż *żądanie okazania dziennika budowy, w którym jest wpisany kierownik robót jest żądaniem nie przewidzianym w dokumentacji przetargowej, a także nie przewidzianym przez ustawę gdyż w obecnym stanie prawnym nie ma obowiązku wpisu kierownika robót do dziennika budowy.* Odwołujący 1 wyjaśnił, że *nie kwestionuje obowiązku przewidzianego w art. 42 ust. 4 Ustawy prawo budowlane tj. obowiązku ustanowienia kierownika robót danej specjalności. Wykonawca twierdzi tylko, iż ustanowienia takiego nie wpisuje się do dziennika budowy. Odnośnie §6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia z dnia 26 czerwca 2002 r., Wykonawca wskazuje, iż po nowelizacji Ustawy Prawo budowlane, ww. Rozporządzenie nie zostało zmienione w związku z czym istnieje rozbieżność pomiędzy art. 45 ust. 7 Ustawy prawo budowlane a § 6 ust. 2 Rozporządzenia. W związku z faktem, iż ustawa jest aktem wyższego rzędu, a rozporządzenie nie może regulować danej materii w sposób szerszy niż ustawa, w ocenie Wykonawcy wiążący jest art. 45 ust. 7 Ustawy prawo budowlane, zgodnie z którym: „Przed rozpoczęciem robót budowanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, które pełnią funkcje kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji”. Skoro ustawa stanowi, iż przyjęcie funkcji potwierdza podpisem wyłącznie kierownik budowy oraz inspektor nadzoru, trudno jest wywodzić z przepisów niższej rangi, iż obowiązek ten jest szerszy i dotyczy również kierowników robót. Wykonawca wskazuje także, iż art. 45 ust. 7 koresponduje z art. 45 ust. 8, który stanowi o tym kto jest uprawnionym do dokonywania wpisów w dzienniku budowy. W świetle art. 45 ust. 8 w zw. z art. 17 ustawy prawo budowlane, uprawnionym jest m.in. kierownik robót.*

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wykluczył na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołującego 1, podnosząc że wykonawca, w zakresie doświadczenia Pana A. K. na ww. inwestycjach, przedstawił w ofercie Zamawiającemu informacje, które wprowadzają Zamawiającego w błąd i które mogły mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ dotyczyły warunku udziału w postępowaniu. Powyższe wskazuje na co najmniej brak staranności po stronie wykonawcy, która jest wymagana po stronie uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowisko Kierownika robót mostowych, na które wykonawca wskazał Pana A. K., ma dla Zamawiającego kluczowe znaczenie, dlatego też, stanowi zarówno warunek udziału w postępowaniu, jak również kryterium oceny ofert.

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia

wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ww. przepis składa się z dwóch elementów, których łączne zaistnienie umożliwia dopiero zastosowanie przewidzianej w nim sankcji, tj. obowiązek wykluczenia wykonawcy. Pierwszym z nich jest wykazanie, że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, drugim natomiast jest wykazanie, że powyższe mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że wypełniając Wykaz Kierowników dotyczący kryteriów pozacenowych, Odwołujący 1 złożył oświadczenie, że Pan A. K. zajmował stanowisko Kierownika robót mostowych na zadaniu „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodowa w Szczecinie” (rozpiętość przęsła 116 m, zadanie realizowane od 02.10.2017 do 30.10.2018) oraz zajmował stanowisko Kierownika robót mostowych na zadaniu „Budowa mostu nad Starą Świną łączącego wyspy Krasibór i Wolin w Świnoujściu” (rozpiętość przęsła 68m, zadanie realizowane od 01.09.2011 do 17.12.2012).

Odwołujący 1 zarzucał Zamawiającemu w pierwszej kolejności wadliwą interpretację warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium pozacenowego na etapie oceny ofert, wskazując w szczególności, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby przedstawiali osoby, których doświadczenie zawodowe było poparte wpisem do Dziennika Budowy lub też zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego. Zdaniem Odwołującego 1 nie wynika to z literalnej treści warunków udziału, bowiem Zamawiający nie wskazał też, że wymaga od wykonawców przedstawienia jakichkolwiek dowodów na potwierdzenie posiadania doświadczenia. Odwołujący 1 podnosił, że wymóg Zamawiającego należało wyklądać jako realne, faktyczne, znajdujące potwierdzenie w dokumentach, zaangażowanie w realizowaną inwestycję. Ponadto, Odwołujący 1 argumentował, że Zamawiający odnosząc się do doświadczenia personelu kierowniczego, posługiwał się pojęciem „stanowisko”, tymczasem ustawa Prawo budowlane mówi o samodzielnych „funkcjach” w budownictwie (a nie „stanowiskach”). Zatem stanowisko kierownika robót/budowy nie jest tożsame z funkcją kierownika budowy/robót określoną w ustawie Prawo budowlane.

W ocenie składu orzekającego postanowienia SIWZ w zakresie kryteriów pozacenowych były jasne i dotyczyły doświadczenia zdobytego w ramach określonego stanowiska, tj. kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z postanowieniami SIWZ niewystarczające było posiadanie doświadczenia w kierowaniu robotą budowlaną (umową), której przedmiotem była budowa lub przebudowa

obiektu mostowego o rozpiętości przęsła min 10 m. Zamawiający oczekiwał, aby personel wykonawcy legitymował się doświadczeniem zdobytym na konkretnie oznaczonych stanowiskach. Odnosząc się do wymogu dotyczącego posiadania doświadczenia na stanowiskach jasno i precyzyjnie wyspecyfikowanych przez Zamawiającego należy wskazać, że zakres obowiązków wpisujący się niejako w pełnienie funkcji na poszczególnych stanowiskach nie oznacza, że wskazana osoba piastowała dane stanowisko konkretnie określone przez Zamawiającego. Samo zaangażowanie w inwestycję to za mało – w takiej sytuacji faktycznie bez znaczenia byłoby to, czy tak zdefiniowane doświadczenie dana osoba posiada, bo zajmowała określone stanowisko na danym kontrakcie, czy z uwagi na to, że faktycznie realizowała dane czynności, nie zajmując żadnego formalnie zdefiniowanego stanowiska. W niniejszej sprawie Zamawiający wymagał doświadczenia zdobytego na określonym stanowisku, a co za tym idzie fakt zajmowania takiego stanowiska jest kluczowy dla ustalenia, czy dane doświadczenie spełnia wymagania SIWZ.

Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający nie ma wątpliwości co do tego, jak należy interpretować postanowienia SIWZ dotyczące pojęć „kierownik robót”, „kierownik budowy”. Stosownie do treści SIWZ ze str. 3 *Jeżeli terminy (pojęcia) użyte w SIWZ posiadają definicje ustawowe lub są używane w ustawie w określonym znaczeniu, to na potrzeby niniejszej SIWZ należy rozumieć je w taki sposób jak wynika z tych ustaw, chyba że z niniejszej SIWZ wynika inaczej.* Pojęcia „kierownik robót”, „kierownik budowy” są pojęciami, którym ustawa Prawo budowlane nadaje określone znaczenie. Kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego). Kierownikowi budowy i kierownikowi robót przysługują określone w prawie budowlanym prawa i obowiązki (art. 21 i 22 Prawa budowlanego). Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej, innej niż ta, którą posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności (art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego).

Izba podzieliła także pogląd Zamawiającego, że kluczowe jest odwołanie się do terminów (pojęć) używanych w ustawie Prawo budowlane w określonym znaczeniu. W tym kontekście określenie „stanowisko” lub „funkcja” ma znaczenie drugorzędne. Nie zmienia tego w żaden sposób, podkreślany przez Odwołującego 1, fakt posługiwania się przez Zamawiającego zamiennie wyrazem „stanowisko” lub „funkcja”, bowiem wyrazy te niezmiennie łączą się z wyrazami „kierownik robót” lub „kierownik budowy”. Potwierdza to konstrukcja Wykazu, gdzie w kolumnie nr 7 Zamawiający żądał podania nazwy roboty budowlanej oraz podmiotu na rzecz którego została zrealizowana, na której osoba w kolumnie nr 3 (imię, nazwisko) pełniła funkcję wskazaną w kolumnie nr 5 (gdzie należało

wpisać stanowisko). Oczywistym jest, że kierownik robót mostowych powinien wykazać się pełnieniem funkcji kierownika robót mostowych lub kierownika budowy (z przypisanymi obowiązkami, o których mowa w art. 22 Prawa budowlanego i następnych). Nie jest wystarczające posiadanie samego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bez jednoczesnego pełnienia funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego.

Następnie, Odwołujący 1 argumentował, że brak wpisu do Dziennika Budowy nie skutkuje brakiem doświadczenia, ponieważ z przepisów prawa powszechnie obowiązującego nie wynika, iż doświadczenie kierownika robót uzyskać można tylko przez udział w inwestycji związany z dokonywaniem wpisów do Dziennika Budowy. Odwołujący 1 wskazywał, że praktyka realizacji robót budowlanych potwierdza, że kadry kierownicze odpowiedzialne za realizację skomplikowanych inwestycji budowlanych są znacznie bardziej rozbudowane niż wskazywać mogłaby lektura Dzienników Budowy. Odwołujący 1 podnosił dalej, że na dzień składania ofert (tj. 11 lutego 2021 r.) na gruncie ustawy Prawo budowlane obowiązywał art. 45 ust. 7, w świetle którego, do Dziennika Budowy wpisuje wyłącznie kierownika budowy oraz inspektora nadzoru inwestorskiego. Nie istniała wówczas konieczność dokonywania wpisu kierownika robót. Już zatem taka okoliczność powinna przesądzać o niesłusznym stanowisku Zamawiającego.

Izba uznała, że nie sposób zgodzić się z Odwołującym 1 w powyższym zakresie. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający wymagał doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub stanowisku kierownika robót mostowych. Ponadto, Zamawiający wskazał w dokumentacji postępowania, że jeżeli terminy (pojęcia) użyte w SIWZ posiadają definicje ustawowe lub są używane w ustawie w określonym znaczeniu, to na potrzeby niniejszej SIWZ należy rozumieć je w taki sposób jak wynika z tych ustaw, chyba że z niniejszej SIWZ wynika inaczej. Izba nie ma więc wątpliwości co do tego, jak należy interpretować postanowienia SIWZ dotyczące pojęć „kierownik robót” oraz „kierownik budowy”. Pełnienie obowiązków kierownika budowy, czy też kierownika robót w rozumieniu Prawa budowlanego, potwierdzone zostaje wpisaniem do Dziennika Budowy lub zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w trakcie robót.

Powoływanie się Odwołującego 1 na zmianę przepisów Prawa budowlanego, wprowadzoną ustawą z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 19 września 2020 r. oraz na rozbieżność pomiędzy zapisami §6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia z dnia 26 czerwca 2002 r., a brzmieniem obecnego art. 45 ust. 7 Prawa budowlane pozostaje bez znaczenia dla niniejszej sprawy, bowiem inwestycja wykazana w poz. 1 Wykazu była realizowana w latach 2017-

2018, natomiast inwestycja z poz. 2 Wykazu w latach 2011-2012, tj. przed wejściem w życie nowelizacji Prawa budowlanego, na którą powołuje się Odwołujący 1.

Zgodnie z art. 45 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego sprzed nowelizacji z 19 września 2020 r., dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez organ administracji architektoniczno-budowlanej. Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Stosownie do art. 17 Prawa budowlanego uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu ustawy, są: 1) inwestor; 2) inspektor nadzoru inwestorskiego; 3) projektant; 4) kierownik budowy lub kierownik robót. Zgodnie z art. 44 Prawa budowlanego w przypadku zmiany: 1) kierownika budowy lub kierownika robót, 2) inspektora nadzoru inwestorskiego, 3) projektanta sprawującego nadzór autorski - inwestor dołącza do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków przez osoby wymienione w pkt 1-3.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, że zmiana przepisów Prawa budowlanego zmieniła jedynie moment wpisu do Dziennika Budowy kierownika robót (zgodne z poprzednim brzmieniem: *Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji*; obecnie: *Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, które pełnią funkcje kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji*). Taka zmiana nie oznacza braku obowiązku wpisu do Dziennika Budowy kierownika robót, bowiem obowiązek wpisu do Dziennika Budowy wynika wprost z art. 45 ust. 8 Prawa budowlanego (*Uprawnionymi do dokonania wpisu w dzienniku budowy są: 1) uczestnicy procesu budowlanego; 2) osoby wykonujące czynności geodezyjne na terenie budowy; 3) pracownicy organów nadzoru budowlanego i innych organów uprawnionych do kontroli przestrzegania przepisów na budowie, w ramach dokonywanych czynności kontrolnych*), gdyż kierownik budowy lub kierownik robót jest „uczestnikiem procesu budowlanego”, zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego.

Ponadto, Odwołującemu 1 umknęło, że Zamawiający wpięrow wystąpił do podmiotów na rzecz których były wykonywane roboty budowlane podane w Wykazie przez Odwołującego. ZDiTM w Szczecinie wskazał, że Pan A. K. nie został zgłoszony przez wykonawcę robót jako Kierownik robót mostowych. Natomiast Miasto i Gmina Świnoujście wskazało, że z dokumentacji posiadanej przez Wydział Inżyniera Miasta Urzędu Miasta Świnoujście, którego pracownicy nadzorowali inwestycję, nie można wywnioskować jaką

funkcję przy budowie mostu pełnił Pan A. K. . Udzielone przez inwestorów odpowiedzi stały się asumptem do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień celem wykazania, że Pan A. K. zdobył wymagane doświadczenie na stanowisku „kierownika robót”.

Dalej, Odwołujący 1 podnosił, że w przypadku odmiennej interpretacji postanowień dokumentacji, wszelkie wątpliwości odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów oceny ofert, winny być rozstrzygane na podstawie wykładni postanowień specyfikacji i ogłoszenia przy zastosowaniu interpretacji korzystnych dla wykonawcy. Nawet gdyby uznać, że interpretacja Zamawiającego jest jedną z możliwych, nieuprawnione jest jej zastosowanie na niekorzyść Odwołującego 1 na tym etapie postępowania.

Izba nie odstępuje tu od akceptowanej od lat zasady, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, jednak aby stwierdzić, że one zaistniały, należy wpiery odnieść się do całokształtu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i uznać, że obiektywnie wątpliwości takie można było powziąć lub przyjąć inne rozumienie danych postanowień i wymogów. W niniejszym stanie faktycznym, w ocenie Izby, taka sytuacja nie zaistniała, gdyż, jak już stwierdzono powyżej, postanowienia SIWZ były jasne i dotyczyły doświadczenia zdobytego w ramach określonego stanowiska, tj. kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych. Natomiast nawet gdyby przyjąć, że Odwołujący 1 miał w tym zakresie wątpliwości, to zgodnie z poglądem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, w przypadku wątpliwości występujących po stronie wykonawcy art. 38 ustawy Pzp stanowi w związku z art. 354 § 2 KC nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Tymczasem Odwołujący 1 wniosku takiego nie złożył. Ponadto, zdaniem składu odwoławczego, powszechne powoływanie się odwołujących się wykonawców na stosowanie interpretacji korzystnych dla nich, w przypadku rzekomych wątpliwości dotyczących postanowień dokumentacji postępowania, nakazuje ostrożne korzystanie z tejże argumentacji, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania.

Odwołujący 1 wskazywał także, że Zamawiający nie tylko bezzasadnie dokonał jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, ale również uniemożliwił Odwołującemu 1 podjęcie obrony i przeprowadzenie procedury samooczyszczenia.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący 1 przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ich przedstawienie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa oraz mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego — doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych jest

zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 5 pkt 5.1.2.2 ppkt 11 SIWZ) jak i kryterium oceny ofert (ppkt 15.2.2.3 SIWZ).

Odwołujący 1 przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością w zakresie doświadczenia Pana A. K., dotyczącego doświadczenia na stanowisku Kierownika robót mostowych na inwestycji wskazanej w poz. 1 Wykazu „Przebudowa ul. Krzewinkowej i ul. Budziszyskiej w ciągu pieszo rowerowym łączącym z ul. Budziszyską z ul. Zagrodową w Szczecinie”. ZDiTM w Szczecinie nie potwierdził funkcji, którą miał pełnić Pan A. K., wskazanej przez Odwołującego 1 w Wykazie, a także funkcji wskazanej przez Odwołującego 1 w złożonych wyjaśnieniach. ZDiTM w Szczecinie wskazał, że Pan A. K. nie został zgłoszony przez wykonawcę robót jako Kierownik robót mostowych.

Dodatkowo, sam Odwołujący 1 w wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2021 r. podnosił, że do tego zadania w charakterze kierownika robót mostowych Montostał Szczecin oddelegował Pana A. K. . Takie stwierdzenie nie jest zrozumiałe, bowiem tak naprawdę nie wiadomo, co oznacza sformułowanie „w charakterze kierownika robót mostowych”. Ponadto, Odwołujący 1 wskazywał, że Pan A. K. został wpisany w Dziennik Montażu (stanowiący załącznik do Dziennika Budowy) w sekcji „C” - Kierownik robót, specjalność — mostowa bez ograniczeń. Niemniej na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 22 marca 2021 r., gdzie Zamawiający stwierdził, że w Dzienniku Montażu U/17/DG-01/DM-01, wydanym 4 grudnia 2017 r. brak jest wskazanego numeru dziennika budowy („Załącznik nr ... do dziennika budowy Nr .../...r.”) , Odwołujący 1 nie udzielił odpowiedzi i nie podał numeru Dziennika Budowy. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że powyższe oznacza, że Odwołujący 1 odczytywał wymóg dotyczący warunku i kryterium w taki sposób, jak wskazał Zamawiający w SIWZ, czyli w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, gdyż w przeciwnym razie nie załączyłby tego dokumentu. Dodatkowo należy podkreślić, że załączony Dziennik Montażu nie został potwierdzony przez innych uczestników procesu budowlanego.

Izba nie rozpatrywała natomiast kwestii związanej z długością przęsła kładki, bowiem po pierwszych wyjaśnieniach z 17 marca 2021 r., okoliczność długości przęsła nie była już przedmiotem korespondencji między Odwołującym 1 a Zamawiającym. Zatem należało uznać, że wyjaśnienia w tym zakresie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Tym bardziej, że nic przeciwnego nie wynika z informacji o wykluczeniu Odwołującego 1.

Odwołujący 1 przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością również w zakresie doświadczenia Pana A. K., w zakresie doświadczenia na stanowisku Kierownika robót mostowych na inwestycji wskazanej w poz. 2 Wykazu, tj. „Budowa mostu nad Starą Świną łączącego wyspy Karsibór i Wolin w Świnoujściu”. Także w tym przypadku inwestor nie potwierdził funkcji, którą miał pełnić Pan A. K., wskazanej przez

Odwołującego 1 w Wykazie, a także funkcji wskazanej przez Odwołującego 1 w złożonych wyjaśnieniach. Zgodnie z informacją uzyskaną od inwestora z dokumentacji posiadanej przez Wydział Inżyniera Miasta Urzędu Miasta Świnoujście, którego pracownicy nadzorowali ww. inwestycję, nie można wywnioskować jaką funkcję przy budowie mostu pełnił Pan A. K. . Inwestor wskazał, że w dziennikach budowy nie ma wpisu wykonanego przez Pana A. K., a z informacji uzyskanej od inspektora nadzoru wynika, że pan Konwiński był pracownikiem firmy Montostal, która jako podwykonawca POLIMEXU wykonywała konstrukcję stalową mostu.

Odwołujący 1 w wyjaśnieniach z dnia 1 kwietnia 2021 r. wskazał, że *Pan A. K. zajmował stanowisko kierownika robót branży mostowej-konstrukcja stalowa na inwestycji „Budowa mostu nad starą Świną łączącego wyspę Karsibór i Wolin w Świnoujściu” w okresie od dnia 1.09.2011 do dnia 17.12.2012 r. Na potwierdzenie tego faktu, Wykonawca załącza Protokół odbioru technicznego mostu z dnia 7.11.2012, oświadczenie o wykonaniu konstrukcji zgodnie z projektem budowlanym oraz oświadczenie własne, Wykonawca wskazuje, iż obecność Pana K. w charakterze kierownika robót mostowych potwierdzona jest także podpisem kierownika budowy oraz inspektora nadzoru.* Dokumenty, na które powołuje się Odwołujący 1, również nie potwierdzają pełnienia funkcji kierownika robót mostowych przez Pana A. K. w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na tej inwestycji. Tym bardziej że w Protokole odbioru technicznego mostu z dnia 7 listopada 2012 r. jako kierownik robót mostowych wpisany jest Pan M. M. .

Odwołujący 1 argumentował, że nie podał nieprawdziwych informacji, gdyż udowodnił, że Pan A. K. na wskazanych inwestycjach był obecny oraz wykonywał wskazane czynności. Nie jest to jednak istota sporu, gdyż Zamawiający nie kwestionował samego faktu obecności podczas realizacji inwestycji Pana A. K. . Zamawiający nie oczekiwał „fizycznej obecności” na inwestycjach, czy wykonywania poszczególnych czynności, ale osoby, która pełniła funkcję Kierownika robót mostowych w rozumieniu Prawa budowlanego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i uzyskania punktów w kryterium oceny ofert.

Zamawiający prawidłowo więc ocenił spełnianie przez Odwołującego 1 wymagań opisanych w SIWZ oraz trafnie stwierdził, że Odwołujący 1 wprowadził go w błąd. Nie ulega wątpliwości, w świetle przytoczonych okoliczności, że czynnościom Odwołującego 1 można przypisać co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo, polegające na działaniu w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z wymaganiami prawnymi i formalnymi. Postanowienia SIWZ dotyczące warunku oraz Kryterium były jasne i czytelne, nie pozwalające na dowolność interpretacyjną, a Odwołujący 1 winien był przed złożeniem oświadczenia w ofercie zweryfikować skrupulatnie doświadczenie wskazywanej przez siebie



osoby. Działanie uczciwe zakłada rzetelne przedstawienie żądanych informacji i dokumentów, wyklucza posługiwania się danymi nieprawdziwymi i wprowadzania zamawiającego w błąd. Jeżeli zaś w jednym z kluczowych i podstawowych aspektów oferty, warunkującym udział w postępowaniu przetargowym, zawarto informacje merytorycznie nieprawdziwą, to oznacza, że wykonawca, o ile nie działał celowo, to postąpił co najmniej niedbale. (vide wyrok z dnia 24 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 319/21). Przedstawione informacje mogły mieć też istotny wpływ na decyzje Zamawiającego — doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót mostowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu, jak i kryterium oceny ofert.

Brak jest również podstaw do uznania, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego 1 wyczerpują wymogi w zakresie samooczyszczenia wykonawcy lub, że Odwołujący 1 winien być wezwany do złożenia dowodów samooczyszczenia. Po pierwsze, co do zasady samooczyszczenie winno być dokonane przed złożeniem oferty, gdyż wykonawca nie powinien podlegać wykluczeniu w momencie jej złożenia. Tymczasem Odwołujący 1 konsekwentnie utrzymywał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający wzywał Odwołującego 1 do wyjaśnień swoich wątpliwości, zanim podjął decyzję o wykluczeniu wykonawcy. Po drugie, Izba zgadza się z poglądem wyrażanym w orzecznictwie, że możliwość samooczyszczenia w stosunku do wykonawcy, który wprowadził w błąd zamawiającego powinna być stosowana wstrzeźliwie, w szczególnie uzasadnionych przypadkach (vide wyrok z dnia 18 września 2018 r., sygn. akt KIO 1747/18). Izba uznała, że okoliczności sporu nie uzasadniają możliwości samooczyszczenia. Zamawiającemu nie można więc przypisać naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego 1 z postępowania na podstawie postanowień SIWZ, których jasne brzmienie nie daje miejsca na dowolność interpretacyjną.

#### Sygn. akt KIO 1222/21

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.1.2.2 ppkt 10) SIWZ, Zamawiający wymagał wykazania się do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej (do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych) - co najmniej 1 osobą, która posiada co najmniej 12- miesięczne doświadczenie zawodowe (a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, przy zrealizowaniu jednej roboty budowlanej\*\* (umowy), której przedmiotem była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta o długości co najmniej 500 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej.

Zgodnie z pkt 15.2.2.3 SIWZ Podkryterium nr 2 - „Doświadczenie Kierownika robót drogowych (DKRD)”. Ocenie podlegać będzie doświadczenie osoby wskazanej przez Wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych. Punkty zostaną przyznane zgodnie z tabelą, maksymalna liczba punktów: 10. 1. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 1 roboty budowlanej (umowy), spełniającej wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 0 pkt. 2. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 2 robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 5 pkt. 3. wskazana osoba posiada doświadczenie przy realizacji 3 i więcej robót budowlanych (umów), spełniających wymogi, o których mowa w pkt. 5.1.2.2 ppkt 10) - 10 pkt.

Załącznik nr 3 do rozdziału IV – Wykaz Kierowników stanowił tabelę zawierającą 9 kolumn, gdzie w odniesieniu do kierownika robót drogowych w kolumnie nr 5 pn. *Osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych* należało wpisać nazwę stanowiska, w kolumnie nr 6 pn. *Przedmiotem inwestycji (opisanej w kolumnie 7) była budowa lub przebudowa torowiska tramwajowego zlokalizowanego w granicach administracyjnych miasta o długości co najmniej 500 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej* należało wpisać długość torowiska, na którym wybudowano lub przebudowano torowisko tramwajowe w konstrukcji bezpodsypkowej: .... mtp (co najmniej 500 mtp), w kolumnie 7 pn. *Nazwa inwestycji oraz podmiot, na rzecz którego została zrealizowana\*\* (na której osoba wskazana w kolumnie 3 pełniła funkcję wskazaną w kolumnie 5 w okresie wskazanym w kolumnie 8)* należało wpisać nazwę inwestycji: ..... oraz wpisać podmiot, na rzecz którego inwestycja została zrealizowana ....., w kolumnie 8 pn. *Okres, w którym osoba (wskazana w kolumnie 3) nabyła doświadczenie (wskazane w kolumnie 5) na inwestycji (wskazanej w kolumnie 7) od – do (dd.mm.rrrr)\*\*\** należało wpisać Od ... Do .... (min. 12 miesięcy, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli kontrakt trwał krócej – doświadczenie przez okres całego kontraktu).

Odwołujący 2 przedstawił w Wykazie Kierowników (dokument składany wraz z ofertą) Pana K. D. i podał m.in.:

1) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika Robót Drogowych na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”, w kolumnie 8: Od 1.05.2018 Do 28.02.2019 (przez okres całego kontraktu);

2) w kolumnie 5 jako nazwę stanowiska Kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie”, w kolumnie 8: Od 1.07.2011 Do 31.12.2012.

Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie dot. pozycji z pkt 2 powyżej, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, tj. Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie (obecnie Zarząd Dróg Miasta Krakowa, dalej „ZDMK”), informację pismem z 5 marca 2021 r., że *Pan K. D. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych podczas realizacji ww. inwestycji*, a następnie na pytanie Zamawiającego czy Pan K. D. pełnił jakąś inną funkcję na ww. inwestycji (np. Kierownika budowy), uzyskał informację pismem z 16 marca 2021 r. że *Pan K. D. nie pełnił funkcji kierownika budowy podczas realizacji zadania pn. Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie*.

Zamawiający wezwał Odwołującego 2 w dniu 10 marca 2021 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy informacjami zawartymi w Wykazie a informacjami przekazanymi przez inwestora w zakresie funkcji pełnionej przez p. K. D. .

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 15 marca 2021 r., Odwołujący 2 wyjaśnił, że przypuszcza, że ZDMK, od którego Zamawiający uzyskał informacje kwestionujące kierowanie przez p. K. D. robotami w zakresie posiadanych uprawnień (pełnienie stosownej funkcji), najprawdopodobniej bazował wyłącznie na treści dziennika budowy, w którym ww. osoba nie została ujawniona. Odwołujący 2 wskazał, że jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, okoliczność braku wpisu do dziennika budowy jednego z kierowników robót nie świadczy jeszcze o tym, że określona osoba „faktycznie” nie kierowała robotami w danej specjalności (nie pełniła stosownej funkcji).

Ponadto, Odwołujący 2 wskazał, iż dysponuje oświadczeniem inspektora nadzoru, który potwierdza kierowanie przez p. K. D. robotami w ramach inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie” zgodnie z posiadanymi przez niego uprawnieniami. Wynika to również z oświadczenia złożonego przez samego p. D., w którym wprost wskazuje zakres robót, którymi kierował i po raz drugi podkreślał, że w oparciu o orzecznictwo KIO okoliczność taka, jak brak wpisu w dzienniku budowy, nie przekreśla w takiej sytuacji faktycznie i realnie nabytego doświadczenia.

Do przedłożonych wyjaśnień Odwołujący 2 załączył dokumenty potwierdzające obecność p. K. D. na kwestionowanym zadaniu, tj.:

1) oświadczenie p. A. K. (Inspektora Nadzoru robót torowych z ramienia inwestora) z dnia 10 października 2018 r., potwierdzające, że p. K. D. (wówczas pracownik

wykonawcy – spółki ZUE S.A. oraz oddelegowany do realizacji projektu przez PRK Kraków S.A.), w okresie od 07.2011 do 12.2012 prowadził cały proces budowlany w zakresie obowiązków kierownika robót takich jak: kierowanie robotami budowlanymi, koordynowanie zadań brygad roboczych, organizowanie zamówień materiałów budowlanych, uczestniczenie w naradach koordynacyjnych, odbiory robót, bezpośrednia współpraca z p. A. K., jako Inspektorem Nadzoru, przez cały okres trwania inwestycji, dokonywanie wpisów do Dziennika Budowy, pod którymi podpisywał się Kierownik Budowy, zgodnie z oczekiwaniami inwestora;

- 2) oświadczenie p. K. D., który oświadcza, że przez cały okres trwania inwestycji pełnił obowiązki kierownika robót torowych (w szczególności w zakresie montażu torowiska tramwajowego) oraz kierownika robót drogowych (w szczególności w zakresie: montażu płyt prefabrykowanych na przejazdach drogowych wraz z konstrukcją drogi, montażu nawierzchni drogowej na skrzyżowaniu ulic Kapelanka-Grota-Roweckiego-Brożka w technologii asfaltu twardolanego wraz z podbudowami; budowy nasypu drogowego pod pętlą tramwajową, budową peronów drogowo-tramwajowego wraz z nawierzchnią i podbudowami); na dokumencie widnieje pieczęć i podpis mgr inż. K. D. .

Odwołujący 2 wskazał, że powyższe dowody są o tyle istotne, iż oświadczenie inspektora nadzoru jest odpowiednie do wykazania pełnienia funkcji.

Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał także od zamawiającego, na rzecz którego realizowana ww. inwestycja, tj. Tramwaje Śląskie, informacje, że w ramach zadania nr 3 *Pan K. D. pełnił funkcję kierownika robót torowo-drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. tj. okres nie obejmował całego kontraktu.*

Dalej, Zamawiający wezwał Odwołującego 2 w dniu 4 marca 2021 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania numeru zadania, w ramach którego p. K. D. pełnił funkcję na inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 8 marca 2021 r. Odwołujący 2 wyjaśnił, że prostuje i wnosi o nieuwzględnianie (pominięcie przy ocenie ofert, której Zamawiający ma dokonywać) doświadczenia ww. osoby w zakresie projektu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej”, wykonanego na rzecz Tramwaje Śląskie S.A. Doświadczenie w zakresie wskazanej roboty budowlanej nie spełnia bowiem warunków określonych przez Zamawiającego, gdyż realizacja ww. umowy nie trwała krócej niż 12 miesięcy. Jednocześnie Odwołujący załączył poprawiony Wykaz, wyjaśniając, że zaistnienie

powyższej sytuacji jest (prawdopodobnie) wynikiem pomyłki jednego z pracowników Odwołującego, który podczas weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia poszczególnych osób (w tym przypadku p. D.), całość wykonywania kontraktu, która dotyczyła umowy wykonywanej również na rzecz TS (poz. 2 Wykazu), przypisał „Budowie i modernizacji infrastruktury torowo sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”. W konsekwencji informacja o ww. projekcie pojawiła się w przedłożonym Wykazie, choć nie powinna.

Odwołujący 2 w swoich wyjaśnieniach podkreślił, że w jego ocenie okoliczność ta pozostaje zasadniczo bez wpływu na przebieg postępowania. Niezależnie bowiem od tego, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z inicjatywy własnej Odwołującego, Odwołujący oprócz projektu „Budowy i modernizacji infrastruktury torowo sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86” zgłosił na potrzeby postępowania (spełnienia warunku udziału oraz dodatkowej punktacji) trzy inne niezbędne projekty oraz zaznaczył, że w Wykazie nie podał wprost informacji że umowa trwała krócej niż 12 miesięcy, co jest warunkiem uznania doświadczenia personelu krótszego niż rok. Jednocześnie Odwołujący poinformował o wprowadzeniu procedury samoocyszczczenia wskazując na przyjęte rozwiązania (załączając Instrukcję dotyczącą procedury weryfikacji informacji dotyczących doświadczenia Personelu zgłoszonego w ofertach Odwołującego) i wskazał, że inwestycja „Budowa i modernizacja infrastruktury torowosieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86” została wykonana w ramach zadania nr 3 etap I.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2021 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego 2 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający wskazywał, że wymagał, aby doświadczenie osoby zgłoszonej na stanowisko Kierownika robót drogowych odnosiło się do zajmowania stanowiska Kierownika robót drogowych lub Kierownika Budowy. Tym samym, oświadczenie wykonawcy, że Pan K. D. pełnił taką funkcję na inwestycji w Krakowie jest niezgodne ze stanem faktycznym, co wprost wynika z informacji uzyskanych od inwestora oraz z przedstawionych przez niego dokumentów. Pan K. D. nie posiada doświadczenia zawodowego wymienionego w Wykazie, a oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe. Wykonawca niejako sam potwierdził ten fakt wyjaśniając, że przypuszcza, że ZDMK, od którego Zamawiający uzyskał informacje kwestionujące kierowanie przez p. K. D. robotami w zakresie posiadanych uprawnień (pełnienie stosowanej funkcji), najprawdopodobniej bazował wyłącznie na treści dziennika budowy, w którym ww. osoba nie została ujawniona.

W zakresie doświadczenia Pana K. D. dla inwestycji realizowanej przez Tramwaje Śląskie wykonawca przedstawił Zamawiającemu w złożonym wraz z ofertą Wykazie informacje, które pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym, a tym samym przedstawił

informacje nieprawdziwe. Jest to bezsporne między stronami – wykonawca potwierdził wskazanie nieprawdziwych informacji wyjaśniając, że podane zostały omyłkowo. Nie ma znaczenia, czy podał je wprost, czy też nie, choć Zamawiający uważa, że przez złożenie w Wykazie oświadczenia, że Pan K. D. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na inwestycji „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”, w okresie „od 1.05.2018 do 28.02.2019 r. (przez okres całego kontraktu)”, w sposób jednoznaczny podał informację, że umowa trwała krócej niż 12 miesięcy, a nabyte doświadczenie obejmuje okres całego kontraktu. Wykonawca przedstawił więc Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i w ocenie Zamawiającego przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub też niedbalstwa. Przedstawione informacje mogły mieć też istotny wpływ na decyzje Zamawiającego – doświadczenie Kierownika robót drogowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu jak i kryterium oceny ofert.

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu jako bezzasadne.

Odwołujący 2 podkreślał, że ani z SIWZ, ani też z przepisów prawa budowlanego nie wynika wprost, że warunkiem pełnienia funkcji kierownika robót jest wpis do dziennika budowy. Odwołujący 2 podnosił, że Zamawiający, w treści SIWZ nie posłużył się pojęciem „pełnienia funkcji”, który posługuje się prawo budowlane, ale wymagał od kierowników robót „doświadczenia zawodowego na stanowisku”. Odwołujący 2 wskazywał, że okoliczność, że p. D. kierował robotami na Projekcie w Krakowie wynika z szeregu dokumentów, zarówno tych załączonych do odwołania, jak i tych w posiadaniu których jest już Zamawiający. Odnosząc się do Projektu w Sosnowcu, Odwołujący 2 podkreślił, że nie jest sporne, że doświadczenie p. D. na Projekcie w Sosnowcu nie spełnia określonego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący 2 przyznał to już na wstępie swojego pisma do Zamawiającego z dnia 8 marca 2021 r., wyjaśnił jak doszło do całej sytuacji oraz opisał rozwiązania, które przyjął, a które mają zagwarantować, aby w przyszłości pomyłki podobne do tej, do jakiej doszło, nie powtarzały się. Natomiast w informacji o wykluczeniu nie sposób doszukać się jakiegokolwiek uzasadnienia, dlaczego Zamawiający nie uznał, że wprowadzona przez Wykonawcę procedura samooczyszczenia nie znajdzie zastosowania.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym ziściły się wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący 2 przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, ich przedstawienie było wynikiem co najmniej

lekkomyślności lub niedbalstwa oraz mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego — doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót drogowych jest zarówno warunkiem udziału w postępowaniu (pkt 5 pkt 5.1.2.2 ppkt 10 SIWZ) jak i kryterium oceny ofert (ppkt 15.2.2.2 SIWZ).

Wypełniając Wykaz Kierowników dotyczący kryteriów pozacenowych, Odwołujący 2 złożył oświadczenie, że Pan K. D. zajmował stanowisko Kierownika Robót Drogowych na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86” od 1.05.2018 do 28.02.2019 (przez okres całego kontraktu) oraz że zajmował stanowisko Kierownika robót na zadaniu „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie” od 1.07.2011 do 31.12.2012.

ZDMK (inwestor dla zadania „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie”) nie potwierdził funkcji, którą miał pełnić p. K. D., wskazanej przez Odwołującego w Wykazie (zgodnie z przekazanymi informacjami Pan K. D. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych, a także funkcji kierownika budowy, podczas realizacji ww. inwestycji), a także funkcji wskazanej przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach. Ponadto, sam Odwołujący w wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2021 r. przyznał, że p. K. D. nie pełnił takiej funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego przez złożenie oświadczenia, że p. K. D. nie był wpisany do Dziennika Budowy.

Ponadto, słusznie zwrócił uwagę Zamawiający na niespójność i brak konsekwencji w podawanych przez Odwołującego 2 informacjach, kiedy wskazuje na dokumenty, w których w jednym przypadku p. K. D. podpisuje się jako Kierownik budowy, a w innych jako Kierownik robót. Odwołujący 2 wskazał Kierownika robót w: Wykazie, w oświadczeniu p. K. D. oraz w oświadczeniu p. A. K., załączonych do wyjaśnień z dnia 15 marca 2021 r., świadectwach pracy i karcie opisu stanowiska , załączonych do odwołania. Natomiast Kierownik budowy widnieje na pieczęci wraz z podpisem w załączonych do odwołania dokumentach, tj. Protokół udostępnienia z dnia 12 grudnia 2011 r., Protokół przekazania próbek mas mineralno-bitumicznych, Kosztorys ofertowy — Załącznik nr 1, Szczegółowy harmonogram robót - Załącznik nr 2 i Załącznik nr 3). Do odwołania załączono również kopię Dziennika Budowy, gdzie widnieją podpisy Kierownika Budowy p. B. Z. oraz p. A. . Inspektora Nadzoru robót torowych.

Dodatkowo, Zamawiający wyjaśnił, że badał wykazane przez Odwołującego 2 doświadczenie p. K. D. na ww. inwestycji w innym prowadzonym w roku 2020 postępowaniu, w którym uzyskał następujące informacje: *W odpowiedzi na (...) wniosek z 2 kwietnia 2020 r.*

w sprawie potwierdzenia informacji o pełnieniu przez Pana K. D. funkcji kierownika robót na zadaniu pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru” oraz w sprawie zapytania dot. budowy torowiska metodą bezpodsypkową uprzejmie informuję, iż wykonana kwerenda materiałów archiwalnych znajdujących się w zasobach ZDMK tj. umowa nr 904/Z/KiT/2010 z 18 listopada 2010 r. na wykonanie ww. zadania wraz z załącznikami, nie potwierdziła aby Pan K. D. figurował w wykazie kluczowego personelu (załącznik nr 1 i aneks nr 1 z 23 listopada 2011 r, do ww. umowy) odpowiedzialnego za kierowanie robotami budowlanymi podczas ich realizacji w okresie od lipca 2011 r. do grudnia 2013 r. Równocześnie informuję, że w ramach powyższej inwestycji zrealizowana została budowa torowiska o dł. 8016,56 mtp, w tym 7769,48 mtp w konstrukcji bezpodsypkowej wraz z 7 rozjazdami. Według wyjaśnień inwestora ZDMK, p. K. D. w ogóle nie figurował w wykazie kluczowego personelu odpowiedzialnego za kierowanie robotami budowlanymi.

Zamawiający wskazał także, że z wiedzy posiadanej przez niego dotyczącej umowy zawartej 18 listopada 2010 r. pomiędzy Gminą Miejską Kraków a Konsorcjum, w skład którego wchodziło ZUE S.A., dotyczącej ww. inwestycji (wraz z Wykazem Kluczowego Personelu stanowiącym załącznik nr 1 do tejże umowy), a także Aneksu 1 zawartego w dniu 23 listopada 2011 r. wynika, że jedyną osobą wykonującą obowiązki w zakresie kierowania robotami drogowymi był p. B. Z. .

Powyższe potwierdza również umowa z dnia 18 listopada 2010 r. między Gminą Miejską Kraków a konsorcjum, w skład którego wchodziło ZUE S.A. wraz z załącznikami do umowy oraz Aneksem 1 zawartym w dniu 23 listopada 2011 r. Zgodnie z ww. umową osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego zostały wskazane w załączniku nr 1. Ustęp 9 pkt 9.1.5 umowy określał przesłanki zmiany personelu kluczowego, które zgodnie z pkt 9.1.1 mogły być przez strony dokonywane wyłącznie w formie pisemnej. P. K. D. nie widniał w Wykazie Kluczowego Personelu, nie została też wprowadzona żadna zmiana umowy w zakresie osoby kierującej robotami drogowymi, jedyną osobą wykonującą obowiązki w zakresie kierowania robotami drogowymi był p. B. Z. (zgodnie z poz. 1 Wykazu Kluczowego Personelu). Skoro inwestor wymagał wpisania osoby w zakresie kierowania robotami drogowymi w Wykaz Kluczowego Personelu to p. K. D. winien zostać tam wpisany.

Mając na uwadze fakt, że w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, przedmiotem rozstrzygnięcia Izby (KIO 1599/20) było już doświadczenie Pana K. D. na inwestycji „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie”, Izba uznała, że Odwołujący 2 działał w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa. Skład orzekający doszedł do przekonania, że skoro Odwołujący 2 zdecydował się, opisując doświadczenie zawodowe personelu, powołać



na zamówienie, którym posłużenie się stanowiło już przyczynę wykluczenia innego wykonawcy z wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to winien był ustalić w sposób niebudzący wątpliwości kwestię osoby, która je wykonała. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i czy przedłożone dokumenty są prawdziwe.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom Odwołującego 2, p. K. D. nie posiada doświadczenia zawodowego wymienionego w Wykazie, a oświadczenie w tym zakresie jest nieprawdziwe.

Izba uznała za irrelevantne wywody dotyczące prawidłowej interpretacji treści warunku. Zdaniem składu orzekającego argumentacja ta była wyłącznie przejawem określonej strategii procesowej Odwołującego 2. Izba jest zresztą zdania, że treść warunku nie pozostawia wątpliwości jak należy interpretować postanowienia SIWZ dotyczące pojęć „kierownik robót”, „kierownik budowy”. Na str. 3 SIWZ, znajduje się zdanie ostatnie, które wskazuje, że należy je rozumieć tak, jak wskazuje na to ustawa Prawo budowlane. Powoływanie się Odwołującego 2 na zmianę przepisów Prawa budowlanego, wprowadzoną ustawą z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 19 września 2020 r. oraz na rozbieżność pomiędzy zapisami § 6 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia z dnia 26 czerwca 2002 r., a brzmieniem obecnego (po ww. nowelizacji) art. 45 ust. 7 ustawy Prawo budowlane jest bezzasadne, z uwagi na fakt, że inwestycja pn. „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem w Krakowie”, była realizowana w latach 2011-2012, tj. przed wejściem nowelizacji Prawa budowlanego, na którą powołuje się Odwołujący 2.

Izba podtrzymuje stanowisko w zakresie argumentacji dotyczącej wpisu do Dziennika Budowy oraz zamiennego używania przez Zamawiającego pojęć „stanowisko” i „funkcja”, jak w sprawie z odwołania o sygn. akt KIO 1219/21, tym samym za niezasadne Izba uznała powielanie pełnej argumentacji w przedmiotowym zakresie. Jedynie uzupełniająco należy dodać, że przedstawione dodatkowo dowody tj. umowa o pracę, świadectwa pracy, karta opisu stanowiska nie podważają w żaden sposób podstawy wykluczenia Odwołującego 2, nie wyjaśniają nieprawdziwych informacji odnośnie pełnionej funkcji, wskazują jedynie, że taki pracownik pracował. Okoliczność, że Pan K. D. podpisywał dokumentację w postaci protokołu przekazania mas mineralno-bitumicznych czy protokołu udostępnienia nie jest wystarczająca do przyjęcia, że Pan K. D. zajmował wymaganymi postanowieniami SIWZ stanowisko. Także okoliczność, że Pan K. D. posiadał pieczęć z dopiskiem „Kierownik

budowy” lub tak był określany w pismach, nie zmienia faktu, że na kontrakcie nie pełnił funkcji Kierownika robót drogowych.

Odnosząc się do doświadczenia Pana K. D. na zadaniu „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”, w pierwszej kolejności nie sposób uznać, że do sprostowania informacji doszło jeszcze przed oceną ofert, z inicjatywy własnej Odwołującego 2, skoro już w trakcie badania oferty (zapytanie do inwestora zostało wysłane drogą elektroniczną w dniu 26 lutego 2021 r.) Zamawiający w ramach weryfikacji informacji przedstawionych w Wykazie, uzyskał od zamawiającego, na rzecz którego realizowana była ww. inwestycja, informację, że w ramach zadania nr 3 *Pan K. D. pełnił funkcję kierownika robót torowo-drogowych od maja 2018 r. do lutego 2019 r. tj. okres nie obejmował całego kontraktu.* Po drugie, w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie ma znaczenia, czy Odwołujący 2, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Równocześnie, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego 2, że podanie informacji nieprawdziwych pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania, ponieważ wskazał on na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału oraz dodatkowej punktacji trzy inne projekty. Odwołujący 2 nie wie przecież, czy zgłoszone przez niego inwestycje spełnią warunki udziału w postępowaniu lub otrzymają punkty w kryterium oceny ofert, nadto zgłasza je z zamiarem i w celu wykazania spełnienia warunku i uzyskania jak największej liczby punktów w danym kryterium. Po trzecie, informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez zamawiającego, zatem ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru powadzonej przez wykonawców działalności. Tym samym podnoszenie, że jakieś dane zostały wpisane w sposób omyłkowy, lub też pozostają bez znaczenia dla danego postępowania, należy uznać za niezachowanie podstawowych zasad działania profesjonalisty.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 i 9 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie. Zgodnie z ww. przepisami wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym

przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególnie okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia (vide wyrok z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18 i KIO 1016/18).

Odnosząc się do kolejnej kwestii podniesionej w odwołaniu, należy stwierdzić, że zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, zaś zgodnie z art. 92 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 8, informacja, o której mowa w ust. 1 pkt 2, zawiera wyjaśnienie powodów, dla których dowody przedstawione przez wykonawcę, zamawiający uznał za niewystarczające. Izba podziela pogląd, że pełne uzasadnienie wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania jego samooczyszczenia za niewystarczające, jest nie tylko obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ww. przepisów, ale jest też niezbędne do tego, aby wykonawca mógł skutecznie kwestionować swoje wykluczenie korzystając ze środków ochrony prawnej i niezbędne do zapewnienia w postępowaniu zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Niemniej w przedmiotowej sprawie procedura *self-cleaningu* w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp jest niemożliwa, gdyż wykonawca w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wprowadził Zamawiającego w błąd, nie może jednocześnie rzetelnie wykazywać, że przedsięwziął takie środki zaradcze, aby Zamawiający mógł uznać samooczyszczenie za dopuszczalne. Zatem stwierdzenie Zamawiającego ograniczające się do jednego zdania, że w przedmiotowym przypadku nie znajduje zastosowania art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, było wystarczające. Ponadto Zamawiający podał podstawę wykluczenia faktyczną i prawną w odniesieniu do inwestycji realizowanej w Sosnowcu.

Reasumując, Izba doszła do przekonania, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy nPzp oraz w oparciu o przepisy §8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....