

Sygn. akt: KIO 93/19

WYROK
z dnia 5 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Małgorzata Matecka
Aneta Młacka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 1 lutego 2019 r. odwołania wniesionego w dniu 21 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **JUSTMAR T. M.; WONAT Sp. z o. o.** (ul. Wołodyjowskiego 31 41-403 Chełm Śląski) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** (u. Wronia 53, 00-874 Warszawa) - **Oddział w Katowicach** (ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice),

przy udziale wykonawcy: **Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O.** z Chełma Śląskiego (ul. M. Wołodyjowskiego 33, 41-403 Chełm Śląski),

orzeka:

1. uwzględnienie odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania; (2) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (Zamawiający), którego przedmiotem jest zadanie pn. „Budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych wzdłuż drogi krajowej nr 81 w m. Łaziska Górne”. Wartość zamówienia nie przekracza progów, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 11 października 2018 r., pod numerem 635011-N-2018. Wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: JUSTMAR T. M.; WONAT Sp. z o. o. z Chełma Śląskiego (Odwołujący) zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z (1) niezasadnym wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz (2) zaniechaniem uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Wskazał na naruszenie:

- (1) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - błędne uznanie, że zmaterializowały się przesłanki uzasadniające wykluczenie Odwołującego z Postępowania, tj., że Odwołujący, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu, gdy tymczasem przedstawione Zamawiającemu informacje były prawdziwe i pozwalały na uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz powinny mu zostać przyznane punkty z tytułu pozacenowych kryteriów oceny ofert;
- (2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- (1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
- (2) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- (3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- (4) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności zgodnie z wymogami określonymi w Pzp oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu zarzutów w szczególności podał, co następuje:

I. Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego

(...)

2. W pkt. 7.2.3 b) Instrukcji Dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) Zamawiający postawił następujący wymóg w odniesieniu do Kierownika Budowy:

(...) Minimalne doświadczenie:

„Doświadczenie, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót, zdobyte przy realizacji co najmniej X (jednego) zadania obejmującego swym zakresem lub polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie zabezpieczeń przeciwhałasowych na drogach lub ulicach klasy co najmniej G. Zamawiający wymaga, aby na zadaniu o którym mowa powyżej, wymieniona osoba zajmowała stanowisko Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przez okres minimum 5 miesięcy obejmujących etap zakończenia zadania.

Za drogę lub ulicę Zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 2222 ze zm.).

Jako zakończenie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia wydanego zgodnie z klauzulą 10.1 (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)/ ostatecznego (końcowego) protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Data zakończenia zadania w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia jest data wskazana w tym dokumencie jako data zakończenia zadania”.

3. Z kolei w pkt. 19.1.3 IDW Zamawiający zdecydował się dodatkowo punktować doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy w następujący sposób:

19.1.3. Kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy" (D):

„W ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy" punkty zostaną przyznane na podstawie informacji wskazanych w Ofercie Wykonawcy - Formularz 2.3. „Doświadczenie Kierownika Budowy".

Formularz 2.3. „Doświadczenie Kierownika Budowy" stanowi przykładowy sposób opracowania. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z tego formularza wymagane jest złożenie podpisu na końcu dokumentu.

Opis kryterium i sposób przyznawania punktów:

Doświadczenie Kierownika Budowy, które podlega ocenie w ramach ww. kryterium:

Doświadczenie, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót, zdobyte przy realizacji co najmniej 1 (jednego) zadania (umowy) obejmującego swym zakresem lub polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie zabezpieczeń przeciwhałasowych na drogach lub ulicach klasy co najmniej G. Zamawiający wymaga aby w każdym z wykazywanych zadań wskazana osoba zajmowała stanowisko Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przez okres minimum 5 miesięcy obejmujących etap zakończenia zadania.

- Za 1 zadanie potwierdzające wymagania Wykonawca otrzyma: 1 pkt
- Za 2 zadania potwierdzające wymagania Wykonawca otrzyma: 6 pkt
- Za 3 zadania potwierdzające wymagania Wykonawca otrzyma: 12 pkt
- Za nie wykazanie zadań potwierdzających wymagania Wykonawca otrzyma: 0 (zero) punktów.
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 (zero) punktów.
-

(...) Jako zakończenie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia wydanego zgodnie z klauzulą 10.1 (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)/ ostatecznego (końcowego) protokołu odbioru robót lub Innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Data zakończenia zadania w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia jest data wskazana w tym dokumencie jako data zakończenia zadania”.

4. W Postępowaniu złożone zostały dwie oferty:

(d) Odwołującego - na kwotę 5.470.000,00 zł brutto; (e) Wykonawcy Usługi Transportowo Drogowo Mostowe J. O. - na kwotę 5.618.025,00 zł brutto.

Kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 5.651.128,61 zł.

5. Wraz z ofertą Odwołujący przedłożył Formularz 2.3, w którym zaproponował do pełnienia funkcji Kierownika Budowy Pana P. G. i przypisał mu następujące doświadczenie:

Zadanie 1:

- **nazwa zadania:** „Budowa autostrady płatnej AI na odcinku od węzła Bełk (bez węzła) do węzła Świerklany”
- **zakres zadania** (budowa/rozbudowa/przebudowa zabezpieczeń przeciwhałasowych): **budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych.**
- **klasa drogi:** autostrada „A”
- **data zakończenia realizacji zadania:** 31.05.2011 *{należy podać dz/m/r}*;
- **stanowisko** (*Kierownik budowy/ Kierownik robót*): **kierownik budowy w okresie od 01.05.2010 do 31.05.2011**
(należy podać dz/m/r pełnienia przez daną osobę w/w stanowiska)

Zadanie 2:

- **nazwa zadania:** „Budowa autostrady A-I Toniń-5tryków na odcinku województwa Kujawsko-Pomorskiego/Łódzkiego. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, węzeł Sójki - węzeł Kotliśka”
- **zakres zadania** (budowa/rozbudowa/przebudowa zabezpieczeń przeciwhałasowych): **budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych**
- **klasa drogi:** autostrada „A”
- **data skończenia realizacji zadania:** 30.09.2012 *{należy podać dz/m/r}*;
- **stanowisko** (*Kierownik budowy /Kierownik robót*): **kierownik budowy w okresie od 01.07.2011 do 30.09.2012**
(należy podać dz/m/r pełnienia przez daną osobę w/w stanowiska)

Zadanie 3:

- **nazwa zadania:** „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Kłodzka w ciągu dk 33 wraz z łącznikiem dk 46
- **zakres zadania** (budowa/rozbudowa/przebudowa zabezpieczeń przeciwhałasowych) **budowa zabezpieczeń przeciwhałasowych**
- **klasa drogi:** klasa GP
- **data zakończenia realizacji zadania:** 31.01.2018 *(należy podać dz/m/r)*;
- **stanowisko** (*Kierownik budowy /Kierownik robót*): **kierownik budowy w okresie od 01.08.2017 do 31.01.2018**
(należy podać okres pełnienia przez daną osobę w/w stanowiska)

6. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 listopada 2018 r. (w oparciu o art. 26 ust. 2 Pzp) Odwołujący ponownie przedstawił doświadczenie p. Pawła Golińskiego (w dokumencie Wykaz Osób), tożsame z tym prezentowanym w formularzu 2.3:

Poz.	Nazwisko Imię	Funkcja	Opis doświadczenia (zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ Tom I - 2DW ptt 7.2.3 b)	Podstawa dysponowania osobami
1	2	3	4	5

1.	G. P.	Kierownik Budowy	<p>Pełnienie funkcji kierownika robót w zakresie ekranów akustycznych na zadaniu: „Budowa autostrady płatnej A1 na odcinku od węzła Bełk (bez węzła) do węzła Świerklany”, w okresie od 01.05.2010 do 31.05.2011</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika robót w zakresie ekranów akustycznych na zadaniu: „Budowa autostrady A1 Toruń-Stryków, na odcinku województwa Kujawsko- Pomorskiego/Łódzkiego. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000, węzeł Sójki - węzeł Kotliska”, w okresie od 01.07.2011 do 30.09.2012</p> <p>Pełnienie funkcji kierownika robót w zakresie ekranów akustycznych na zadaniu: „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Kłodzka w ciągu dk 33 wraz z łącznikiem dk 46”, w okresie od 01.08.2017 do 31.01.2018</p>	Umowa o pracę
----	-------	------------------	--	---------------

7. Pismem z dnia 7 grudnia 2018 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie (w trybie art. 26 ust. 4 Pzp) następujących wątpliwości dotyczących doświadczenia Pana G.:

- a) w odniesieniu do inwestycji „Budowa autostrady płatnej A1 na odcinku od węzła Bełk (bez węzła) do węzła Świerklany” (dalej jako „Inwestycja 1”) ~ Zamawiający twierdził, że w dziennikach budowy, które posiada, brak jest adnotacji o przejęciu robót przez p. G.;
- b) w odniesieniu do inwestycji „Budowa autostrady A1 Toruń - Stryków, na odcinku województwa Kujawsko - Pomorskiego / Łódzkiego. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245 + 800 do km 261 + 000, „ węzeł Sójki - węzeł Kotliska” (dalej jako „Inwestycja 2”) - Zamawiający twierdził, że p. G. pełnił funkcję kierownika robót od dnia 20 października 2011 r. do dnia 20 kwietnia 2012 r.;
- c) w odniesieniu do inwestycji „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Kłodzka w ciągu dk 33 wraz z łącznikiem dk 46” (dalej jako „Inwestycja 3”) - Zamawiający twierdził, że p. G. pełnił funkcję kierownika robót od dnia 22 sierpnia 2017 r. do dnia 1 lutego 2018 roku.

8. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący odniósł się do wątpliwości Zamawiającego wskazując m. in., że:

- a) w przypadku Inwestycji 1 p. P. G. pełnił swoje obowiązki od maja 2010 r. do końca kontraktu (doświadczenie zdobyte w ramach tej inwestycji odpowiada wymogom IDW w zakresie warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert);
- b) w przypadku Inwestycji 2, p. P. G. zdobył doświadczenie, które odpowiada wymogom IDW w zakresie warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert (nawet jeśli

przyjąć, że podane przez Zamawiającego daty, odpowiadające wpisom do dziennika budowy, powinny zostać uznane za właściwe do oceny doświadczenia);

c) w przypadku Inwestycji 3, p. P. G. zdobył doświadczenie, które odpowiada wymogom IDW w zakresie warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert (nawet jeśli przyjmą, że podane przez Zamawiającego daty, odpowiadające wpisom do dziennika budowy, powinny zostać uznane za właściwe do oceny doświadczenia).

9. Pismem z dnia 15 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania. Jako podstawę prawną wskazał art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast w ramach uzasadnienia faktycznego stwierdził, iż daty przedstawione przez Odwołującego nie odpowiadają tym, które wynikają z informacji i dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego (szczegółowo zostanie to opisane poniżej).

(...) II.1. Niezasadne wykluczenie z postępowanie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp

10. W pierwszej kolejności analizie poddać należy treść wymagań IDW, które mają kluczowe znaczenie w kontekście oceny poprawności działania Zamawiającego (nie sposób bowiem tej oceny przeprowadzić, nie ustalając najpierw czego oczekiwał Zamawiający nadając warunkom udziału oraz kryteriom określoną treść).

11. Literalna wykładania zarówno pkt. 7.2.3 b), jak i 19.1.3 IDW nie pozostawia wątpliwości, iż kluczowe znaczenie dla Zamawiającego miało doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które zdobyte zostało przy robotach budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie zabezpieczeń przeciwhałasowych. Oznacza to, iż dla oceny nabytego doświadczenia nie ma znaczenia czy osoba, którą posługuje się wykonawca, a która piastowała funkcję kierowniczą odpowiedzialna była również za inne prace wykonywane w ramach referencyjnego kontraktu.

12. Taka wykładnia jest zresztą w pełni uzasadniona, odpowiada bowiem zakresowi zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania. Naturalną konsekwencją elementów składających się na przedmiot zamówienia jest treść warunków udziału w postępowaniu. Wskazuje na to cel warunków. Jak stwierdza Izba cel ten pozostaje w ścisłej korelacji z realizacją zamówienia: „Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Izba (sygn. KIO 156/18) wielokrotnie podkreślała w swoim orzecznictwie, iż określany w treści warunków i wymagany od wykonawców ubiegających się o zamówienie „minimalny poziom zdolności” odnoszący się do doświadczenia należy utożsamiać z przedmiotem udzielanego zamówienia². Tylko w takim przypadku zamawiający może mieć pewność, że ograniczając dostęp do udzielanego zamówienia (a z taką sytuacją mamy do czynienia zawsze, gdy

definiowane są bariery dostępu, do których zaliczyć należy warunki) nie narusza uczciwej konkurencji.

13. Rozkładając zatem postawione przez Zamawiającego wymogi na czynniki pierwsze uznac należy, że warunek (oraz kryterium) uznac należy za spełniony, gdy doświadczenie wykonawcy posiadała łącznie następującego cechy:

- a) zostało zdobyte na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót;
- b) zostało zdobyte przy okazji zadania w skład którego wchodziły prace związane z zabezpieczeniami przeciwhałasowymi na drogach lub ulicach klasy co najmniej G;
- c) osoba zajmowała to stanowisko przez okres minimum 5 miesięcy;
- d) okres piastowania stanowiska obejmował etap zakończenia robót.

W odniesieniu do wszystkich trzech referencyjnych inwestycji spełnione zostały te wymogi, co zostanie wykazane poniżej.

14. Zanim jednak zaprezentowane zostaną szczegółowe wyjaśnienia podkreślenia wymaga, że różnice w datach, na które zwrócił uwagę Zamawiający (i które posłużyły mu za podstawę do wykluczenia Odwołującego) nie są konsekwencją jakiegokolwiek próby wprowadzenia Zamawiającego w błąd, lecz stanowią skutek niedoprecyzowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ. W treści IDW nie sposób bowiem znaleźć informacji, zgodnie z którą wykonawcy, podając doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję Kierownika budowy, powinni opierać się jedynie na datach pełnienia funkcji zgodnie z wpisami do dzienników budowy.

15. Odwołujący miał prawo przyjąć, że intencje Zamawiającego wcale nie sprowadzają się do weryfikacji jedynie doświadczenia zdobytego w okresach zgodnych z wpisami do dzienników budowy. Ten sam Zamawiający bowiem niejednokrotnie daje jednoznaczny wyraz tego typu żądaniom w treści dokumentacji. Jako przykład wskazać można np. postępowanie dotyczące budowy obwodnicy m. Zator, gdzie wśród wymogów znalazło się następujące stwierdzenie: „W przypadku stanowisk Kierownik Budowy, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Robót Mostowych, inżynier Kontraktu, Inżynier Rezydent uznane będzie doświadczenie w pełnieniu na Kontrakcie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu Ustawy Prawo Budowlane, w szczególności przepisu art. 45 ust 2”. (sygn. KIO 82/18).

16. Zamawiający nie postawił analogicznego wymogu, należało więc przyjąć, że utożsamianie doświadczenia, którym można wykazać się na potrzeby Postępowania z wpisami do dzienników budowy jest nieuzasadnione. Wszystkie daty, które podał Odwołujący zostały przedstawione w dobrej wierze i znajdują potwierdzenie w rzeczywistości. Jeśliby więc nawet przyjąć, że Odwołujący błędnie zinterpretował wymagania Zamawiającego, to z całą pewnością konsekwencją nie powinno być wykluczenie z Postępowania, lecz, co najwyżej, nieprzyznanie dodatkowych punktów w ramach kryteriów pozacenowych. Tym bardziej, że w opisie tychże kryteriów Zamawiający przewidział rozwiązanie, które powinno znaleźć

zastosowanie w tego typu przypadkach, z nieznanymi Odwołującemu przyczyn nie zdecydował się jednak na skorzystanie z niego (o czym w dalszej części odwołania).

17. W tym miejscu Odwołujący pragnie odnieść się do wątpliwości Zamawiającego związanych z poszczególnymi referencyjnymi inwestycjami:

(i) Inwestycja 1

18. Z treści przedłożonych Zamawiającemu dokumentów wynika, że p. G. sprawował funkcję kierownika robót od dnia 1 maja 2010 r. do 31 maja 2011 r. (kiedy to nastąpiło zakończenie zadania). Zdaniem Zamawiającego informacje te są nieprawdziwe, wszak p. G. pełnił tę funkcję od 28 lipca 2010 r. do 9 maja 2011 r., natomiast zakończenie nastąpiło dnia 25 maja 2011 roku. Należy stanowczo podkreślić, że, niezależnie od wyjaśnień, które prezentował i zaprezentuje poniżej Odwołujący (z których wynikać będzie dlaczego podał takie daty), spór ten nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia spełnienia warunków udziału czy też przyznania dodatkowej punktacji w ramach pozacenowych kryteriów. Zamawiający wymagał bowiem, aby przyszły Kierownik budowy nabył 5 miesięcy doświadczenia (w tym brał udział w zakończeniu zadania). Nawet więc gdyby, w ślad za ustaleniami Zamawiającego, przyjąć, że p. G. pełnił funkcję od 28 lipca 2010 r. do 9 maja 2011 r., to i tak spełnił postawiony wymóg.

19. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnia, że nie jest prawdą jakoby wskazana przez Odwołującego data rozpoczęcia (1 maja 2010 r.) była nieprawdziwa. Otóż p. G. w realizacji przedmiotowego zadania począwszy od maja 2010 r., czego nie zmienia fakt, że formalnie przejął obowiązki wpisem do dziennika budowy dokonany kilka miesięcy później. Dokładnie od maja 2010 r. był zaangażowany w niniejszą inwestycję, złożone oświadczenie nie zawiera więc informacji nieprawdziwych. Nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że przeczy temu fakt, iż pierwszy wpis do dziennika budowy został poczyniony 28 lipca 2010 roku.

20. Bezsporne jest również, że p. G. sprawował funkcję do zakończenia zadania. Dnia 9 maja 2011 r. p. G. dokonał w dzienniku budowy następującego wpisu: „Zgłaszam zakończenie budowy ekranów akustycznych w związku z inwestycją o nazwie „Budowa autostrady płatnej A1 na odcinku od węzła Bełk (bez węzła) do węzła Świerklany km 534 + 785 do km 548 + 897’>. Zgłaszam wykonane prace gotowe do odbioru”.

Dowód: Wyciąg z dziennika budowy inwestycji 1

21. Wydaje się zatem, iż poza jakimikolwiek wątpliwościami powinno być, że p. G. wywiązał się z wszystkich obowiązków i nabył niezbędne doświadczenie. Zamawiający zdefiniował w IDW, iż jako „zakończenie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia zgodnie z klauzulą 10.1 (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC) / ostatecznego (końcowego) protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

22. Świadczenie Przejęcia Robót wystawia Inżynier Kontraktu jednoosobowo, a nie personel wykonawcy. Na uwagę zasługuje, że sam Zamawiający, w przywołanej powyżej definicji, wskazuje, że Kierownik robót ma „doprowadzić” do wystawienia Świadczenia Przejęcia. Innymi słowy ma umożliwić wystawienie tego dokumentu. Bezsprzecznie tak właśnie się stało w analizowanym przypadku. P. G. nie scedował swoich obowiązków na żadną inną osobę. Po dacie 9 maja 2011 r. (zgłoszenie w dzienniku budowy zakończenia robót) wykonywał szereg czynności, m. in. sporządzał dokumentację powykonawczą, uczestniczył w odbiorach, przeglądach, nadzorował usuwanie usterek, rozliczał finansowo budowę etc. Jako dowód Odwołujący przedstawia protokoły odbioru technicznego robót oraz protokół usunięcia usterek wystawione w lipcu 2011 r., na których widnieją jego podpisy.

Dowód: Protokół odbioru technicznego robót z dnia 11 lipca 2011 r.

Dowód: Protokół odbioru usunięcia usterek z dnia 31 lipca 2011 r.

23. Wpis w dzienniku budowy zgłaszający zakończenie robót i prośbę o odbiór nie oznacza że kierownik robót zakończył pełnienie funkcji kierownika. Dopóki kierownik nie wpisze w dziennik budowy, iż z danym dniem rezygnuje z funkcji kierownika lub nie zostanie dokonany w dzienniku budowy wpis, że dany kierownik został zamieniony innym kierownikiem, pełni on funkcję kierownika do zakończenia całej budowy. W naszym przypadku w dzienniku budowy nie ma informacji, że p. G. rezygnuje z funkcji kierownika, ani też wpisu o zmianie p. G. na innego kierownika, co oznacza to, że p. G. był kierownikiem sprawującym swoją funkcję na etapie zakończenia zadania.

(ii) Inwestycja 2

24. W przypadku Inwestycji 2 Zamawiający stwierdził, że przedstawione przez Odwołującego daty (od 1 lipca 2011 r. do 30 września 2012 r.) nie są prawdziwe, gdyż p. G. sprawował funkcję kierownika robót od dnia 20 października 2011 r. do 20 kwietnia 2012 roku). W tym miejscu należy zauważyć, że również w tym przypadku, nawet gdyby przyjąć poprawność dat zaprezentowanych przez Zamawiającego, to spełniony jest wymóg odnoszący się do długości doświadczenia (5 miesięcy).

25. Niezależnie jednak od tego, że w miejsce dotychczasowych wykonawców weszli inni, p. G. nigdy nie przestał pełnić funkcji kierownika robót w ramach Inwestycji 2. Również w tym miejscu znajdzie zastosowanie poczyniona wcześniej uwaga, że wpis w dzienniku budowy zgłaszający zakończenie robót i prośbę o odbiór nie oznacza, że kierownik robót zakończył pełnienie funkcji kierownika. Dopóki kierownik nie wpisze w dziennik budowy, iż z danym dniem rezygnuje z funkcji kierownika lub nie zostanie dokonany w dzienniku budowy wpis, że dany kierownik został zamieniony innym kierownikiem, pełni on funkcję kierownika do zakończenia całej budowy. W tym przypadku w dzienniku budowy nie ma informacji, że p. G. rezygnuje z funkcji kierownika, ani też wpisu o zmianie p. G. na innego kierownika, co oznacza, że p. G. był kierownikiem sprawującym swoją funkcję na etapie zakończenia zadania.

(iii) Inwestycja 3

26. W przypadku Inwestycji 3 Odwołujący podał daty: od 1 sierpnia 2017 r. do 31 stycznia 2018 r., tymczasem, zdaniem Zamawiającego, faktyczne sprawowanie funkcji przez p. G. miało miejsce od 28 sierpnia 2017 r. do dnia 23 stycznia 2018 roku.

27. Na uwagę zasługuje, że w przypadku tego przedsięwzięcia, gdyby założyć, że daty wskazane przez Zamawiającego są poprawne, to nie zostanie dochowany wymóg 5 miesięcy (braknie kilku dni). Dlatego też Odwołujący pragnie stanowczo podkreślić, że faktyczne sprawowanie funkcji kierownika robót p. G. zaczął wiele dni przed datą 28 sierpnia 2017 roku. Na dowód tego Odwołujący załącza korespondencję mailową z biurem projektowym (dot. realizacji Inwestycji 3), z daty 31 lipca 2017 r. (w której zresztą wskazana jest data spotkania, które miało miejsce 27 lipca 2017 roku).

Dowód: Korespondencja mailowa

Jak wynika z powyższego bezsporne jest, że p. G. rozpoczął piastowanie funkcji kierowniczej w ramach Inwestycji 3 znacznie wcześniej, niż wskazują na to przytoczone przez Zamawiającego wpisy do dziennika budowy.

28. Również w tym przypadku nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że p. G. nie uczestniczył w zakończeniu zadania. Otóż dnia 23 stycznia 2018 r. p. G. dokonał w dzienniku budowy następującego wpisu: „Zakończono roboty związane z budową ekranu akustycznego E-1 (...) Zgłaszam do odbioru końcowego budowę ekranu E-T.

24 stycznia 2018 r. Inspektor Nadzoru dokonał wpisu o treści: „Zatwierdzam zakończenie roboty związane z budową ekranu E T. Z kolei 26 stycznia 2018 r. kierownik budowy wpisał: „Zgłaszam zakończenie prac związanych z budową ekranów w zakresie umożliwiającym oddanie do użytku. Niniejszym wpisem zamykam wpisy w dzienniku budów”.

Dowód: Wyciąg z dziennika budowy inwestycji 3

29. Jak wynika z powyższego to nikt inny jak p. G. był tym kierownikiem, który doprowadził do zakończenia prac związanych z budową ekranów. Za zupełnie zrozumiałe uznać więc należy, że ostatniego wpisu do dziennika budowy dokonał właśnie wtedy, gdy prace związane z ekranami zostały zakończone. Nie może to również dziwić tym bardziej, że w części wstępnej dziennika budowy przy nazwisku p. G. jako rodzaj robót, za który odpowiadał wpisano „ekrany akust*”.

Dowód: Wyciąg z dziennika budowy Inwestycji 3

30. Wobec powyższego p. G. bezsprzecznie doprowadził, w zakresie prac, za które odpowiadał, do wystawienia dokumentu, o którym mowa w definicji „zakończenia zadania” na str. 6 IDW. Za nieuzasadnione uznać więc należy oczekiwanie Zamawiającego, aby kierownik robót odpowiedzialny za wykonanie ekranów dokonywał wpisów do dziennika budowy poza zakresem swojej odpowiedzialności. Zresztą koncepcja prezentowana przez Zamawiającego jest nielogiczna - gdyby uznać, że doświadczenie p. G. uzyskane w -ramach Inwestycji 3 nie

jest wystarczające do spełnienia warunku udziału i kryterium, to należałoby dojść do wniosku, że dzieje się tak tylko dlatego, że po zakończeniu prac związanych z ekranami (a przed wystawieniem Świadectwa Przejęcia) toczyły się inne prace. Taka wykładnia w nieuzasadniony sposób faworyzowałaby wykonawców dysponujących kierownikami posiadającymi doświadczenie w projektach, w których wykonanie ekranów nastąpiło w bezpośredniej bliskości czasowej z wystawieniem dokumentu odbiorowego inwestycji. Dodatkową okolicznością przemawiającą za trafnością stanowiska Odwołującego jest to, że nie został ustanowiony żaden inny kierownik odpowiedzialny za ekrany.

31. W tym miejscu stanowczego podkreślenia wymaga, że wpis w dzienniku budowy zgłaszający zakończenie robót i prośbę o odbiór nie oznacza że kierownik robót zakończył pełnienie funkcji kierownika. Dopóki kierownik nie wpisze w dziennik budowy, iż z danym dniem rezygnuje z funkcji kierownika lub nie zostanie dokonany w dzienniku budowy wpis, że dany kierownik został zamieniony innym kierownikiem, pełni on funkcję kierownika do zakończenia całej budowy. W naszym przypadku w dzienniku budowy nie ma informacji, że p. G. rezygnuje z funkcji kierownika, ani też wpisu o zmianie p. G. na innego kierownika, co oznacza to, że p. G. był kierownikiem sprawującym swoją funkcję na etapie zakończenia zadania.

32. Jak wynika z powyższego, nawet jeśli uznać, że Odwołujący podał daty związane z doświadczeniem p. G. w sposób nieodpowiadający rzeczywistości (z czym Odwołujący się nie zgadza, wszak są one konsekwencją jedynie odmiennej interpretacji postanowień IDW), to nie sposób uznać, że mogło to mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Tymczasem przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a więc ten, który posłużył Zamawiającemu do wykluczenia Odwołującego wymaga bezwzględnie, aby ów wpływ został stwierdzony.

33. W zaistniałej sytuacji nie można zgodzić się z Zamawiającym, że ewentualne błędy w podaniu dat przypisywanego p. G. doświadczenia miały (choćby potencjalny) wpływ na decyzje Zamawiającego. Nawet jeśli by bowiem uznać, że to daty wskazane przez Zamawiającego są prawdziwe, to pozostaje to bez znaczenia z punktu widzenia spełnienia przez Odwołującego warunku oraz kryterium oceny ofert. Natomiast informacja przekazana przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie, nawet jeżeli jest informacją nieprawdziwą, nie może skutkować zakwalifikowaniem jej jako podstawa do wykluczenia wykonawcy, jeśli nie może ona mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane w postępowaniu. Zamawiający zupełnie zaniechał wykazania na czym ów wpływ miał polegać. Tymczasem automatyzm w podejmowaniu decyzji przez instytucje zamawiające jest niedopuszczalny, tym bardziej, gdy konsekwencja jest tak drastyczna jak wykluczenie z postępowania.

34. W tym miejscu ponownie podkreślenia wymaga, że zaistniała sytuacja jest skutkiem odmiennego rozumienia postanowień IDW. Odwołujący, działając w dobrej wierze i pozostając

w przekonaniu, iż powinien podać daty faktycznego zaangażowania p. G. (a niekoniecznie takiego, które znajduje odzwierciedlenie w dziennikach budowy) nie naruszył reguł, na straży których stoi sankcja określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Izba wielokrotnie zwracała w swoim orzecznictwie uwagę, że odmienna wykładnia danych postanowień nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy: „Odmiennie rozumienie przez wykonawców tych samych postanowień SIWZ wobec braku nadania im znaczenia przez zamawiającego w dokumentacji postępowania nie może prowadzić do stwierdzenia, iż wykonawca w wyniku lekkomyślności czy niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Wszelkie wątpliwości, niejasności czy też błędy wynikające z treści dokumentacji postępowania nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie publiczne, w tym wpływać na jego status w postępowaniu”.

35. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że nawet gdyby zgodzić się z Zamawiającym co do dat faktycznego doświadczenia p. G., to konsekwencją nie powinno być wykluczenie z Postępowania, lecz co najwyżej nieprzyznanie Odwołującemu punktów w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert (pkt. 19.1.3 IDW).

36. Ostatni przypadek dotyczy sytuacji, w której wykonawca, w celu uzyskania dodatkowych punktów, przedstawia określoną inwestycję, lecz, jak się okazuje, nie spełnia ona wymagań Zamawiającego. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia, jeśli uznać, że to interpretacja Zamawiającego jest słuszna (a wykonawcy powinni opierać się na danych podawanych w dziennikach budowy). Sam Zamawiający przewidział przypadek, w którym z jakichś przyczyn dojdzie do uznania, że dane przedsięwzięcie nie upoważnia do przyznania wykonawcy dodatkowych punktów. Oczywiście jest przy tym (i ma tego świadomość Odwołujący), że regulacja ta nie wyklucza stosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W celu jego zastosowania jednak należy bezspornie wykazać, że ziszczyły się wszystkie przesłanki wymienione w tym przepisie (czego Zamawiający nie uczynił). Nie sposób się pogodzić ze stanowiskiem Zamawiającego, który stawia znak równości pomiędzy podaniem informacji nie dających podstaw do przyznania dodatkowych punktów, a automatyczną decyzją o wykluczeniu z Postępowania.

37. Przywołane powyżej postanowienie pkt. 19.1.3 IDW jest powszechnie stosowane przez wszystkie oddziały GDDKiA w dokumentacjach przetargowych, które przewidują przyznanie dodatkowych punktów za personel wykonawcy. Skutkiem tego jest, że z podobnymi przypadkami wielokrotnie mierzyła się już Izba. I tak np. w wyroku KIO 1202/18 Izba stwierdza, że konsekwencją odmiennej wykładni postanowień ujętych przy kryteriach oceny ofert powinno być nie wykluczenie z postępowania lecz odebranie dodatkowych punktów przyznanych danej ofercie: „Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust 4 ustawy

Pzp, natomiast potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust 1 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp. W ocenie izby, zamawiający niezasadnie przyznał ofercie przystępującego trzy punkty w podkryterium personel wykonawcy w zakresie kierownika budowy, ponieważ oferta ta powinna otrzymać jeden punkt w ww. podkryterium”.

38. Na szczególną uwagę zasługuje także wyrok KIO 550/18, w którym również zauważalne jest daleko idące podobieństwo stanu faktycznego z niniejszą sprawą: „Biorąc pod uwagę powyższe izba stanęła na stanowisku, że Pan M. N., jako osoba wskazywana przez Odwołującego do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu - celem uzyskania punktów w kryterium organizacyjnym personel wykonawcy - nie legitymuje się odpowiednim doświadczeniem, pozwalającym na uzyskanie dodatkowych punktów w tym kryterium, gdyż na Zadaniu Budowa A1 nie pełnił funkcji Dyrektora Kontraktu od "rozpoczęcia robót". Taka sytuacja została przewidziana i uregulowana przez Zamawiającego identyczną - w stosunku do Dyrektora kontraktu i Kierownika Budowy - treścią postanowień IDW za pomocą których Zamawiający jasno przesądził, że: "Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 pkt." W ocenie Izby brak jest jakichkolwiek argumentów, pozwalających Zamawiającemu na odstępnie od ukształtowanego samodzielnie w IDW sposobu punktacji w podkryterium organizacyjnym - personel wykonawcy. W rozpoznawanym stanie faktycznym Izba doszła do przekonania, że brak jest podstaw do wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Natomiast w kontekście powołanej powyżej treści IDW Odwołujący w Części nr 1 w zakresie podkryterium organizacyjnego - personel wykonawcy - Dyrektor Kontraktu, powinien otrzymać 0 pkt”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 31 marca 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania wskazując na okoliczności faktyczne i prawne, na które wskazał w zawiadomieniu (jego uzasadnieniu) z dnia 15 stycznia 2019 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. Przede wszystkim w tym zawiadomieniu stwierdził, że: (...)dokonał weryfikacji wiarygodności oświadczenia złożonego przez Wykonawcę w/w zakresie. W wyniku przeprowadzonej weryfikacji Zamawiający stwierdził, że Wykonawca przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym (informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego) w zakresie doświadczenia Pana P. G.". Dalej podał, że: „Definicja zakończenia zadania została przytoczona przez Zamawiającego w SIWZ w Tomie I (IDW) pkt. 19.1.3 oraz w pkt. 7.2.3). Zgodnie z tą definicją, jako zakończenie zadania należało rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia wydanego zgodnie z klauzulą 10.1 (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)/ ostatecznego (końcowego) protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia). Datą

zakończenia zadania w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia jest data wskazana w tym dokumencie jako data zakończenia zadania. Co istotne, Wykonawca sam przyznał w toku postępowania, że podał informacje będące w sprzeczności ze stanem faktycznym. Wykonawca w piśmie z dnia 14.12.2018 r. stanowiącym odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 07.12.2018 r." Wskazał, że w tym piśmie: „W odniesieniu do zadania nr 2: „C..) określony został przybliżony czas kiedy był z nią związany jako kierownik robót branży ekranowej. W związku z tym że Zamawiający dysponuje dostępem do Dzienników Budowy dla tego zadania, zweryfikowane daty objęcia obowiązków, prowadzenia robót i ich zawieszenie, okres faktycznego pełnienia obowiązku w związku z prowadzeniem robót w terenie są poprawne tj. 20.10.2011 do 20.04.201r. taki powinien być zaliczony jako doświadczenie Pana P. w pełnieniu obowiązków Kierownik a Robót (zgodnie z Prawem Budowlanym)". Podobnie również w odniesieniu do zadania nr 3 Wykonawca wskazał: „X...) okres pełnienia funkcji przez Pana P. G. jako Kierownika robót branży „ekrany akustyczne” został określony w przybliżeniu dziennych dat, Zamawiający zweryfikował okres w jakim formalnie Pan P. G. pełnił obowiązki Kierownika Robót (zgodnie z Prawem Budowlanym) na podstawie wpisów do Dziennika Budowy, jako 22.08.2017 do 01.02.2018r. Okres zweryfikowany przez zamawiającego jest poprawny. Jak wynika z powyższego, oświadczenie złożone przez Wykonawcę w Formularzu Doświadczenie Kierownika Budowy oraz w Wykazie osób jest niezgodne z rzeczywistością. Wykonawca przez złożenia oświadczenia o konkretnej treści w/w dokumentach, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do dat pełnionych funkcji przez p. Pana P. G. oraz zakończenia realizacji poszczególnych zadań, zgodnie z definicją zawartą w SIWZ". Zamawiający stwierdził, że takie działanie Wykonawcy narusza reguły należytej staranności. Brak dostępu do dokumentacji z budowy (np. Dziennik Budowy) lub upływ czasu nie może stanowić w tym zakresie żadnego usprawiedliwienia dla Wykonawcy. Należyta staranność Wykonawcy przed przedstawianiem informacji Zamawiającemu wymaga w ocenie Zamawiającego tego, aby Wykonawca sprawdził, co najmniej te elementy, które są kluczowe z perspektywy wymogu dotyczącego doświadczenia osoby, za które Zamawiający przewidział w SIWZ przyznawanie punktów. Powyższe ma szczególnie istotny charakter w sytuacji gdy weryfikacja przekazywanych informacji jest możliwa na podstawie innych ogólnie dostępnych informacji. Nie ulega również wątpliwości, że Wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu miał świadomość tego, że doświadczenie wymagane w ramach w/w kryterium powinno obejmować nie tylko okres minimum 5 miesięcy ale również - etap zakończenia zadania, zgodnie z definicją określoną w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu „Doświadczenie Kierownika Budowy”, że Pan P. G. posiada doświadczenie zgodne z opisem kryterium zawartym w SIWZ, zdobyte w ramach przedmiotowych zadań, Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na

przyznawaną punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania. Zgodnie z art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Nie ulega zatem wątpliwości, że przedstawienie informacji w zakresie odnoszącym się do kryteriów oceny ofert i mających wpływ na tę ocenę, bez wątpienia należy zakwalifikować jako mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, należało uznać, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, co oznacza, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie ww. przepisu. Norma zawarta w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi o wykluczeniu wykonawcy, gdy informacje wprowadzające zamawiającego w błąd przedstawione zostaną w sposób zawiniony, przy czym wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci lekkomyślności - rozumianej jako brak zamiaru co do bezprawnego działania, jednak przy świadomości/ że działanie może naruszać prawo, lub niedbalstwa kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku, jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć. Wskazał ponadto na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej a także w kwestii wzorca należytej staranności powołał się na stanowisko Sądu Apelacyjnego i Sądu Najwyższego wyrażone w wyrokach. W konkluzji stwierdził, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie dołożył należytej staranności, w konsekwencji czego z powodu niedbalstwa lub lekkomyślności przedstawił Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek: (1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadza zamawiającego w błąd; (2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia; (3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: Usługi Transportowo-Drogowo-Mostowe J. O. z Chełma Śląskiego – wnosząc także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu, albowiem zdaniem Izby w niniejszej sprawie nie

zaistniały łącznie wymagane art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp przesłanki stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zgodnie ze wskazanym art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się (...) 17) 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;”.

W zawiadomieniu z dnia 15 stycznia 2019 r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający w szczególności wskazał: (...) Zamawiający dysponuje informacjami i dokumentami z Oddziałów GDDKiA w Katowicach, Łodzi i Opolu, z których odpowiednio wynika, że:

1) na w/w zadaniu 1 Pan P. G. był kierownikiem robót od dnia 28.07.2010r. do dnia 09.05.2011r., zaś zakończenie zadania (zgodnie z definicją zawartą w SIWZ) nastąpiło w dniu 25.05.2011 r.

2) na w/w zadaniu 2 Pan P. G. był kierownikiem robót od dnia 20.10.2011r. do dnia 20.04.2012 r., zaś zakończenie zadania (zgodnie z definicją zawartą w SIWZ) nastąpiło w dniu 12.11.2012 r.

3) na w/w zadaniu 3 Pan P. G. był kierownikiem robót od dnia 28.08.2017r. do dnia 23.01.2018 r., zaś zakończenie zadania (zgodnie z definicją zawartą w SIWZ) nastąpiło w dniu 28.05.2018 r.

Mając na uwadze powyższe, oświadczenie złożone przez Wykonawcę w Formularzu Kryteria pozacenowe oraz w Wykazie osób pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy. W ocenie Zamawiającego Wykonawca nie dołożył należytej staranności, w konsekwencji czego z powodu niedbalstwa lub lekkomyślności przedstawił Zamawiającemu niezgodne z rzeczywistością informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd”.

Wskazując dalej na opis wymagań oraz na wyjaśnienia złożone w piśmie z dnia 14 grudnia 2018 r. (informujące w szczególności o przybliżonych, a nie faktycznych okresach pełnionych funkcji dla zadania 2 i zadania 3) stwierdził, że (...) oświadczając w formularzu 2.3. „Doświadczenie Kierownika Budowy” że Pan P. G. posiada doświadczenie zgodne z opisem kryterium zawartym w SIWZ, zdobyte w ramach w/w zadań, Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania”.

Zdaniem Izby, wnoszący odwołanie wykonawca przedstawił kandydata na stanowisko

kierownika budowy (p. G.), który posiada doświadczenie zgodne z opisem kryterium zawartym w SIWZ, zdobyte w ramach wskazywanych zadań.

Izba częściowo nie zgodziła się z interpretacją warunku z punktu. 7.2.3 b) Instrukcji Dla Wykonawców (podobnie co do interpretacji pkt. 19.1.3 IDW) jaką przedstawił Zamawiający. Zdaniem Izby rację ma Odwołujący twierdząc, że literalna wykładania zarówno pkt. 7.2.3 b), jak i 19.1.3 IDW nie pozostawia wątpliwości, że kluczowe znaczenie dla Zamawiającego miało doświadczenie osoby predestynowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, które zdobyte zostało przy robotach budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie zabezpieczeń przeciwhałasowych. Zamawiający bowiem w opisie warunku wskazał w pierwszej kolejności na doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót (...) *zdobyte przy realizacji co najmniej 1 (jednego) zadania obejmującego swym zakresem (...) budowę lub rozbudowę lub przebudowę zabezpieczeń przeciwhałasowych.* W dalszej kolejności (jako równorzędne) uznał doświadczenie zdobyte w ramach jednorodnego zadania (lub) *polegającego na budowie lub rozbudowie lub przebudowie zabezpieczeń przeciwhałasowych (...).* Oznacza to, że dla oceny nabytego doświadczenia Zamawiający nie może wymagać w pierwszym przypadku, aby wskazywany kandydat pełniąc funkcję kierownika robót (nie kierownika budowy) odpowiedzialny był również za inne prace wykonywane w ramach referencyjnego zamówienia, które obejmowało swym zakresem m.in. roboty związane z budową lub rozbudową lub przebudową zabezpieczeń przeciwhałasowych.

Konsekwencją takiej interpretacji jest ocena wymaganego w tych postanowieniach minimalnego okresu 5.u miesięcy oraz ustalenia daty zakończenia zadania tak jak wskazał wnoszący odwołanie wykonawca. Zgodnie z kolejnymi postanowieniami ujętymi we wskazanych punktach: (...)

„Zamawiający wymaga, aby na zadaniu o którym mowa powyżej, wymieniona osoba zajmowała stanowisko Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przez okres minimum 5 miesięcy obejmujących etap zakończenia zadania.

Jako zakończenie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia wydanego zgodnie z klauzulą 10.1 (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami FIDIC)/ ostatecznego (końcowego) protokołu odbioru robót lub innego równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Data zakończenia zadania w przypadku wystawienia Świadectwa Przejęcia jest data wskazana w tym dokumencie jako data zakończenia zadania”.

Zatem w przypadku tego Postępowania warunek (także w zakresie kryterium D-Doświadczenie Kierownika Budowy) uznać należy za spełniony, gdy referencyjne doświadczenie kandydata obejmuje łącznie następujące cechy: (1) zostało zdobyte na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót; (2) zostało zdobyte w ramach zadania w skład którego wchodziły prace związane z zabezpieczeniami przeciwhałasowymi na drogach lub ulicach klasy co najmniej G; (3) osoba zajmowała to stanowisko przez okres minimum 5 miesięcy i który to okres obejmował etap zakończenia robót potwierdzony co najmniej wystawieniem Świadectwa Przejęcia.

W odniesieniu do referencyjnych inwestycji Izba w pierwszej kolejności zgodziła się z Zamawiającym, że pełnienie funkcji Kierownika budowy lub Kierownika robót (za synonim należy uznać użyte w opisie warunku pojęcie „doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót”) wiąże się zgodnie z art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego z dokonaniem (przed rozpoczęciem robót budowlanych) wymaganego wpisu w dzienniku budowy co do osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Tym samym brak takiego wpisu powoduje, że nie można skutecznie twierdzić, że taka osoba przy wykonywaniu danych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane przykładowo kierownikowi robót. Tym samym nie może powoływać się na doświadczenie zawodowe jako kierownika budowy czy robót. Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za uczestników tego procesu. Izba jednocześnie stwierdza, że dokonanie takiego wpisu, ma skutek aż do zakończenia budowy, chyba że kierownik z danym dniem rezygnuje z funkcji kierownika lub zostanie dokonany w dzienniku budowy wpis, że dany kierownik przestał pełnić wyznaczoną mu uprzednim wpisem funkcję.

Izba także zgodziła się z Zamawiającym, że wskazywane dla zadań referencyjnych daty rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji przez kandydata (p. G.) niezgodnie ze stanem rzeczywistym są wynikiem niedbalstwa wykonawcy, który nie dołożył należytej staranności przedstawiając w ofercie informacje zarówno co do potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, jak i co do możliwości uzyskania punktów w ramach jednego z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty (D - Doświadczenie Kierownika Budowy). Izba, uwzględniając profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez wnoszących odwołanie całkowicie podzieliła stanowisko Zamawiającego, co do wymaganego profesjonalizmu od tych wykonawców. Jednakże w tym stanie faktycznym nierzetelne przedstawienie informacji o okresach pełnionych funkcji przez kandydata na stanowisko Kierownika Budowy nie mogło

spowodować wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, przedstawione informacje wadliwe były co do skonkretyzowanych okresów, ale nie co do faktu doświadczenia kandydata (na wymaganym stanowisku) w okresie 5 miesięcy obejmujących etap zakończenia zadania. Z ustaleń wynika bowiem, że ten kandydat w ramach wskazanych zadań pełnił funkcję kierownika robót na obiektach referencyjnych w wymaganym okresie. Według aktualizacji Zamawiającego, w przypadku zadania 1 błąd dotyczył okresu rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika, albowiem za datę rozpoczęcia jej pełnienia należy uznać datę wg wpisu z dziennika budowy – 28.07.2010 r., a za datę zakończenia zadania – wg Świadectwa Przejęcia – 25.05.2011 r. Z kolei co do zadania 3 za datę rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika robót (wg wpisu z dziennika budowy) należy uznać datę 28.08.2017 r., a za datę zakończenia zadania – wg Świadectwa Przejęcia – 15.05.2018 r. Natomiast w odniesieniu do zadania 2 – uwzględniając dowody przedkładane przez Zamawiającego – Izba poczyniła podobne ustalenia opierając się na wpisach z dziennika budowy o rozpoczęciu pełnienia funkcji (20.10.2011 r.) i braku informacji o wpisie co do jej rezygnacji czy o zmianie na stanowisku kierownika robót w zakresie budowy ekranów akustycznych (wskazywana data 20.04.2012 r. dotyczy postępu robót, a nie zmiany kierownika robót) oraz uwzględniając datę zakończenia zadania (22.10.2012 r.) podaną przez Zamawiającego. W przypadku zadania 2 nie została wykazana w okresie od 20.04.2012 r. do 22.10.2012 r. zmiana na stanowisku kierownika robót w zakresie budowy ekranów akustycznych. Zatem podane, skutkiem niewątpliwie niedbalstwa wykonawcy informacje nie można było, zdaniem Izby uznać, za wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane w tym postępowaniu decyzje, szczególnie że ten Zamawiający już w wezwaniu z dnia 7 grudnia 2018 r. powołał się na będące w jego dyspozycji informacje domagając się informacji co do faktycznego okresu pełnionych funkcji.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....