

WYROK
z dnia 9 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Piotr Kozłowski
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2021 r. przez wykonawcę **INTOP Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70; 02-968 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., Swietelsky A.G., ul. Wielicka 250; 30-663 Kraków**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INTOP Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70; 02-968 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INTOP Warszawa sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70; 02-968 Warszawa**, 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 2021 r. poz. 1129) 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

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Wykonanie skrzyżowania dwupoziomowego w Kobyłce Ossów, realizowanego w ramach projektu: Prace na linii E75 na odcinku Sadowne – Czyżew wraz z robotami pozostałymi na odcinku Warszawa Rembertów - Sadowne”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 kwietnia 2021 r., pod nr 2021/S 065-168822.

Dnia 16 listopada 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 26 listopada 2021 roku wykonawca INTOP Warszawa sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Swietelsky AG z siedzibą w Linz, Austria (dalej łącznie jako „konsorcjum Swietelsky”),
- 2) nieuzasadnionego zaniechania wykluczenia konsorcjum Swietelsky z postępowania,
- 3) ewentualnie, nieuzasadnionego zaniechania wezwania konsorcjum Swietelsky do złożenia (uzupełnienia) Wykazu osób w zakresie Kierownika budowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Kkonsorcjum Swietelsky, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Ppostępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppkt 2 IDW (Kierownik budowy),
2. art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt lit. a) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum Swietelsky z postępowania pomimo, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało wpływ na decyzję zamawiającego o uznaniu oferty konsorcjum Swietelsky za najkorzystniejszą w postępowaniu oraz, w konsekwencji, zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Swietelsky, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

3. ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Swietelsky do złożenia Wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku w zakresie Kierownika budowy; a w konsekwencji powyższego,
4. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wyboru ofert złożonej przez konsorcjum Swietelsky,
 - przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
 - odrzucenia oferty konsorcjum Swietelsky,
 - wykluczenia konsorcjum Swietelsky z postępowania,
 - ewentualnie, wezwania konsorcjum Swietelsky do złożenia Wykazu osób potwierdzającego warunek udziału odnoszący się do Kierownika budowy,
- 2) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu,
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. 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 Instrukcji dla Wykonawców (dalej jako „IDW”). Tym samym odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, w odniesieniu do Kierownika Budowy (pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW), w ten sposób, że wymagał, dla osoby wskazanej przez wykonawcę, posiadania co najmniej 4 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w specjalności inżynierskiej mostowej na robotach związanych z Budową lub Przebudową kolejowych obiektów inżynierskich

w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz.U. poz. 987, z późn. zm.).

Na potrzeby wykazania, że konsorcjum Swietelsky spełnia ww. wymóg, wykonawca ten przedstawił (w Wykazie osób, załącznik nr 8 do IDW) p. (W.B.), w stosunku do którego wykazano 4 inwestycje:

a) zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej E30/C-E 30 Kraków – Medyka – granica państwa na odcinku Podłęże – Bochnia w km 16,000-39,00 – okres nabywania doświadczenia wskazany w Wykazie osób: 09.2012 – 05.2014,

b) zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 106 na odcinku Boguchwała – Czudec” wraz z zamówieniem podobnym – okres nabywania doświadczenia wskazany w Wykazie osób: 02.2018 – 11.2018,

c) opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych na odcinku Kraków Płaszów – Podbory Skawińskie w ramach zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr 94 na odcinku Kraków Płaszów – Skawina – Oświęcim” – okres nabywania doświadczenia wskazany w Wykazie osób: 05.2019 – obecnie;

d) ulica klasy GP łącząca DK (skrzyżowanie ul. Tarnowskiej z ul. Witosa) z ul. Marcinkowską (droga powiatowa nr 25219) w granicach Miasta Nowego Sącza – przedłużenie DK 28” – okres nabywania doświadczenia wskazany w Wykazie osób: 02.2014 – 02-2015.

Czwarta z powyższych inwestycji (d) nie jest brana pod uwagę przy liczeniu okresu doświadczenia (nie dotyczy bowiem budowy/przebudowy kolejowych obiektów inżynierskich, została przedstawiona w celu wykazania warunku odnoszącego się do mostu/wiaduktu). A zatem, zgodnie z oświadczeniem konsorcjum Swietelsky wyrażonym w Wykazie osób, p. (W.B.) miałyby nabyć doświadczenie w następującym okresie:

- a) 21 miesięcy – w ramach pierwszej inwestycji;
- b) 10 miesięcy – w ramach drugiej inwestycji;
- c) 25 miesięcy - w ramach trzeciej inwestycji,
- d) 0 miesięcy - w ramach czwartej inwestycji

Zgodnie z oświadczeniem konsorcjum Swietelsky p. (W.B.) nabył łącznie 56 miesięcy doświadczenia, (a więc przekroczył wymóg IDW określony na poziomie 48 miesięcy).

Jak zostanie wykazane, p. (W.B.), wbrew oświadczeniu konsorcjum Swietelsky, nie spełnia wymogu nabycia czteroletniego doświadczenia, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppkt. 2 IDW.

Jeśli chodzi o pierwszą inwestycję (a) odwołujący wskazał, że:

a) w piśmie z dnia 8 listopada 2021 r. (stanowiącym odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień) konsorcjum Swietelsky potwierdza, że p. (W.B.) rozpoczął nabywanie

doświadczenia począwszy od grudnia (a nie września 2012 r.), cyt. „Przy realizacji robót, opisanych w ww. wykazie jako (...) p. (W.B.) funkcję tę pełnił nie tylko we wskazanym przez zamawiającego okresie grudzień 2012-listopad 2013, a dłużej – to jest do maja 2014. (...)”.

b) z przedłożonych w wyjaśnieniu dzienników wynika, że poza zweryfikowany przez zamawiającego okresie, wykazano dodatkowe doświadczenie od lutego do marca 2014 r., tj. dodatkowe 2 miesiące.

W ramach pierwszej inwestycji (a), p. (W.B.) nabył zatem 12 miesięcy doświadczenia wykazane przez zamawiającego oraz dodatkowe 2 miesiące wykazane przez Swietelsky podczas realizacji przepustów na podstawie dzienników budów, czyli łącznie 14 miesięcy, a nie 21 miesięcy (jak konsorcjum Swietelsky deklaruje w Wykazie osób).

Również w przypadku drugiej inwestycji (b), podane informacje nie są prawdziwe. Wskazany okres nabywania doświadczenia wskazany w Wykazie osób tj.: 02.2018 – 11.2018 r. był znacząco krótszy, tj. od lutego 2018 r do kwietnia 2018, tj. 3 miesiące, a nie 10 miesięcy (jak konsorcjum Swietelsky deklaruje w Wykazie osób). Należy nadmienić, że kalendarzowo okres uczestnictwa wynosiłby nieznacznie ponad 2 miesiące.

Oświadczenie konsorcjum Swietelsky o doświadczeniu nabytym, aż do 11.2018 r., tym bardziej budzi wątpliwości, gdyż ruch pociągów na tej jednotorowej linii w czerwcu 2018 r. był już przywrócony. Okres wskazany w tabeli wykazu osób nie był czasem robót lecz jest wskazany jako odpowiadający czasowi realizacji całego zamówienia, co w tym przypadku nie było tożsame z uzyskiwaniem doświadczenia przez kierownika robót mostowych na robotach zgodnie z zapisem warunków w doniesieniu do Kierownika Budowy (pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW).

Podsumowując, p. (W.B.) nabył następujące doświadczenie:

- a) w ramach zadania (a) – 14 miesięcy,
- b) w ramach zadania (b) – 3 miesiące,
- c) w ramach zadania (c) – 25 miesięcy,
- d) w ramach zadania (d) – 0 miesięcy.

Łącznie p. (W.B.) legitymuje się co najwyżej 42 miesiącami doświadczenia wymaganego przez zamawiającego.

Powyższe pozwala, w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości uznać, że konsorcjum Swietelsky nie wykazało spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt. 8.6.2 ppt 2 IDW (Kierownik budowy), co czyni zasadnym odrzucenie oferty konsorcjum Swietelsky w oparciu o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że w zaistniałej sytuacji nie powinien znaleźć zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia, uzupełniania lub poprawienia dokumentów. Opisana powyżej sytuacja wyczerpuje bowiem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, co skutkowało powinno automatycznym wykluczeniem konsorcjum Swietelsky z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający może (a w sytuacji, gdy przewidział tę przesłankę w postępowaniu – musi) wykluczyć wykonawcę, który, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający może (a w sytuacji, gdy przewidział tę przesłankę w postępowaniu – musi) wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W obu powyższych przepisach ustawodawca wskazał na „wprowadzenie zamawiającego w błąd” jako skutek działania wykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej („Izba”) *„przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”*. Oznacza to, że sformułowanie użyte w tych przepisach wymaga, aby *„wykonawca poprzez przedstawienie informacji wywołał w świadomości zamawiającego fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości”*.

Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie jest więc wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Zatem koniecznym warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

Zdaniem odwołującego, z klasyczną konstrukcją błędu mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Konsorcjum Swietelsky oświadczyło, że posiada doświadczenie w zakresie dysponowania personelem o odpowiednim doświadczeniu. Tymczasem, jak się okazuje, informacja ta okazała się nieprawdziwa, bowiem p. (W.B.) wymaganego doświadczenia (4 lata) nie posiada. W oparciu o Wykaz osób zamawiający doszedł do błędnego wniosku, zgodnie z którym konsorcjum Swietelsky spełnia warunki udziału. Tymczasem analiza doświadczenia p. (W.B.) skłania do zupełnie odmiennych wniosków. Fakt ten powinien skłonić zamawiającego do obligatoryjnego wykluczenia konsorcjum Swietelsky z postępowania. Bezsporne jest zatem, że przedstawione przez konsorcjum Swietelsky informacje wprowadziły zamawiającego w błąd. To właśnie dzięki tym informacjom (treść Wykazu osób) konsorcjum Swietelsky udało się wywrzeć u zamawiającego przekonanie o nabyciu takiego doświadczenia, które uprawnia do uznania, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Spełniona została zatem nie tylko przesłanka

uzasadniająca zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp („przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd”), ale i art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp („wprowadzenie zamawiającego w błąd”).

Ostatnia z przesłanek omawianych przepisów odnosi się do strony podmiotowej wykonawcy. W art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo, z kolei w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, będące formami kwalifikowanymi wprowadzenia w błąd, wskazujące na wyższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy. Wykazanie, że konsorcjum Swietelsky działało w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czyni zbędnym odnośnienie się do pojęć (lekkomyślność, niedbalstwo) z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp (jako pojęć zawierających się w zamierzonym działaniu i rażącym niedbalstwie).

Jak wynika z orzecznictwa zarówno Izby, jak i sądów powszechnych obowiązek starannego działania dotyczy zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Powyższe pozwala jednoznacznie stwierdzić, że konsorcjum Swietelsky nie wywiązało się z obowiązku działania z należytą starannością. W opinii odwołującego działania konsorcjum Swietelsky noszą znamiona nie tylko lekkomyślności czy niedbalstwa, ale i kwalifikowanych form wprowadzenia zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że nie mamy tu do czynienia z sytuacją, w której wystąpiłaby jakakolwiek niejasność czy niejednoznaczność w zakresie przekazywanych zamawiającemu informacji. Otóż informacje, które konsorcjum Swietelsky zdecydowało się przekazać zamawiającemu były jednoznaczne. Zatem konsorcjum Swietelsky nie mogło pozostawać w stanie jakiegokolwiek (uzasadnionego bądź nie) błędu co do stanu faktycznego.

Zatem w odniesieniu do konsorcjum Swietelsky zmaterializowały się przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, o których Izba wypowiada się następująco: *„Przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. dotyczy sytuacji, w której wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Zamierzone działanie występuje wtedy, gdy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia”*. Zachowanie konsorcjum Swietelsky nie może być zatem zakwalifikowane inaczej jak tylko działanie w warunkach zamierzonego działania nakierowanego na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Mamy zatem do czynienia z winą umyślną w zamiarze bezpośrednim (występującym wtedy, gdy wykonawca chce wprowadzić zamawiającego w błąd). Jeśli

natomiast ocena działania konsorcjum Swietelsky miałyby zostać przeprowadzona na gruncie pojęcia „niedbalstwo”, to niewątpliwie ma ono charakter rażący.

Niezależnie od ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że dla ustalenia obowiązku w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania wystarczające jest zmaterializowanie się przesłanek z w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). Te natomiast obarczają konsorcjum Swietelsky poza wszelką wątpliwością.

W analizowanej sytuacji ziściły się zatem łącznie wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp. Konsorcjum Swietelsky podlega zatem obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

Zdaniem odwołującego, ze względu na fakt, że oświadczenie konsorcjum Swietelsky zawarte w Wykazie osób, dotyczące doświadczenia p. (W.B.) jest niezgodnie z rzeczywistością, wykluczona jest możliwość zastosowania procedury uzupełniającej z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Konsorcjum Swietelsky dopuściło się bowiem wprowadzenia w błąd zamawiającego, co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu. Potwierdza to orzecznictwo Izby: „*W przypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nie ma zastosowania*”.

Jednakże, nawet jeżeliby dojść do przekonania, że konsorcjum Swietelsky nie podlega wykluczeniu to ze względu na wykazane niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, należy unieważnić czynność wyboru oferty konsorcjum Swietelsky oraz zobowiązać zamawiającego do przeprowadzenia procedury uzupełniającej. Odwołujący podkreślił jednak, że zarzut ten ma charakter ewentualny i procedura uzupełniająca winna mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdyby Izba uznała, że konsorcjum Swietelsky nie podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, co następuje.

W ocenie zamawiającego, konsorcjum Swietelsky wykazało doświadczenie p. (W.B.) przy realizacji wskazanych w Wykazie inwestycji. Odwołujący nie kwestionuje doświadczenia wskazanego w punktach (c i d).

W ocenie zamawiającego prawidłowe jest stanowisko odwołującego, że doświadczenie wskazane w punkcie (d) dotyczy obiektu drogowego i nie powinno być wliczane do doświadczenia niezbędnego do wykazania posiadania 48 miesięcy doświadczenia zawodowego na robotach związanych z budową kolejowych obiektów inżynieryjnych.

Doświadczenie p. (W.B.) wykazane w punkcie (c) wypełnia 25 z minimalnych 48 miesięcy doświadczenia zawodowego.

Zdaniem zamawiającego nie można zgodzić się z argumentacją odwołującego dotyczącą doświadczenia wskazanego w punktach a i b.

Odnosząc się do doświadczenia wskazanego w punkcie (a), zamawiający wskazał, że na podstawie posiadanych dokumentów potwierdził, że p. (W.B.) objął funkcję Kierownika Budowy w grudniu 2012 r. i pełnił ją do marca 2014 r., a zatem przez 16 miesięcy (dowód: Oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika robót mostowych; Dziennik budowy nr 13, tom I). Już z tych dowodów wynika, że p. (W.B.) pełnił w ramach inwestycji (a) funkcję Kierownika Budowy przez 16 miesięcy.

Odnosząc się do punktu (b), zamawiający potwierdził, że p. (W.B.) objął funkcję kierownika robót mostowych na następujących obiektach:

1. od 1 lutego 2018 r. do 26 czerwca 2018 r. – rozbiórka istniejącego i budowa nowego wiaduktu kolejowego w km 11,349 linii kolejowej 106 Rzeszów–Jasło na działce 1699/1 obręb 3 (...), (dowód: Dziennik budowy nr 15/18, tom I),

2. od 26 kwietnia 2018 r. do 12 października 2018 r. – budowa mostu kolejowego w km 20,807 położonego na dz. Nr ewid. 479/4 obręb 0002 Czudec na terenie Gminy Czudec (dowód: Dziennik budowy nr 43/18, tom I).

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu (sygn. SA/Wr 2735/95 z dnia 20 czerwca 1996 r.) „*O zakończeniu budowy w rozumieniu art. 103 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane /Dz.U. nr 89 poz. 414/ świadczy spełnienie przez inwestora warunków przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, a w szczególności złożenie zawiadomienia, o jakim mowa w art. 54 ust. 1 cytowanej ustawy*”. Oznacza to, że przez zakończenie robót w rozumieniu prawa budowlanego nie należy rozumieć samego wpisu do dziennika budowy, ale ich formalne zakończenie dokonane odpowiednim zgłoszeniem do odpowiedniego organu. Zamawiający wskazał zaś wprost w warunku, że chodzi właśnie o zakończenie robót w rozumieniu prawa budowlanego. Analogicznie, Kierownik budowy, Kierownik robót nie przestaje być kierownikiem po dokonaniu ostatniego wpisu do dziennika budowy.

Zamawiający nie wie, skąd odwołujący czerpie wiedzę, że roboty w ramach tej inwestycji zakończono w kwietniu 2018 r., skoro w tym miesiącu wydano dopiero pozwolenie na budowę mostu kolejowego w km 20,807. Odwołujący nie przedłożył, mimo wyraźnej dyspozycji art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, żadnych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń. Zamawiający wskazał, że roboty realizowane na jego zlecenie odbywają się w znacznej większości przypadków przy czynnych torach kolejowych, o czym odwołujący ma świadomość. Realizacja robót przy czynnych torach kolejowych polega zaś na niczym innym jak wykonywaniu robót mimo ruchu pociągów na linii. Odwołujący, jako podmiot realizujący liczne inwestycje zamawiającego, ma tego świadomość. Również w przypadku umowy

zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania realizacja robót odbywać się będzie w sąsiedztwie torów czynnych. Już z tych dowodów wynika, że p. (W.B.) pełnił w ramach inwestycji (b) funkcję Kierownika Budowy przez 9 miesięcy.

Podsumowując, p. (W.B.) nabył ponad 48 miesięcy doświadczenia zawodowego wypełniającego przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu i z tego względu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący uważa, że konsorcjum Swietelsky powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Do wykluczenia wykonawcy na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp powinno dochodzić w szczególnych przypadkach, czyli takich, w których bez wątpliwości wystąpiły przesłanki pozwalające na wykluczenie wykonawcy na podstawie jednej ze wskazanych podstaw (art. 109 ust. 1 pkt 8, względnie pkt 10 ustawy Pzp). Należy przy tym zauważyć, że konstrukcja prawna obu podstaw do wykluczenia wykonawców opiera się na więcej niż jednej przesłance, a te posiadają charakter kumulatywny. Jeżeli więc nie jest możliwe wykazanie wystąpienia wszystkich przedmiotowo istotnych przesłanek uregulowanych w odnośnych przepisach, to brakuje podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki:

1. po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd,
2. po drugie działanie takie było wynikiem:
 - a. zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – art. 109 ust. 1 pkt 8,
 - b. co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy – art. 109 ust. 1 pkt 10,
3. po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Argumentacja przedstawiona w odniesieniu do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp wskazuje, że wykonawca spełnia warunki w postępowaniu, nawet jeśli doświadczenie p. (W.B.) nie zostanie potwierdzone w pewnym wymiarze wskazanym w Wykazie osób. Z tego też względu nawet gdyby Izba uznała, że informacje zawarte w Wykazie osób mogły wprowadzić zamawiającego w błąd, to nie miało to wpływu na podejmowanie przez zamawiającego decyzji w postępowaniu. Nie zostały spełnione zatem wszystkie przesłanki niezbędne do wykluczenia konsorcjum Swietelsky z postępowania.

Stanowisko o konieczności łącznego wykazywania wystąpienia przesłanek w przypadku stosowania przepisów opartych na przesłankach kumulatywnych wielokrotnie potwierdzała Krajowa Izba Odwoławcza, np. *„Do zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. konieczne jest spełnienie wszystkich opisanych w nim przesłanek, bowiem z postępowania o udzielenie zamówienia w granicach tej regulacji prawnej 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” (wyrok KIO z 3.11.2020 r., KIO 2552/20, LEX nr 3105433.). Kwestia tego, czy wystąpiła przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, względnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jest „bardzo ocenne i w każdym przypadku będzie wymagało indywidualnej interpretacji” (tak: J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, s. 226). Komentarz ten, choć wydany do nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. znajdzie zastosowanie w odniesieniu do aktualnie obowiązujących przepisów. Zamawiający nie dopatrywał się, aby wystąpiła przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykluczeniu podlega wykonawca, „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”.

Przedmiotowy zakres ochrony art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z 2004 r. obejmuje wyłącznie stan, w którym wykonawca (tutaj: konsorcjum Swietelsky) działa z zamiarem bezpośrednim („w wyniku zamierzonego działania”), względnie wykazuje się rażącym niedbalstwem, a powyższe wprowadza zamawiającego w błąd. W tym zakresie Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w wyroku z dnia 19 lipca 2012 r. o sygn. akt IV Ca 683/12 orzekł, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

Zamawiający, z analizy dokumentacji postępowania, jakkolwiek nie jest w stanie przypisać określonego zamiaru wykonawcy konsorcjum Swietelsky. Zamawiający uważa przy tym, że ocena zamiaru (w rozumieniu – zamiaru bezpośredniego, celowego działania) bez uprawnień operacyjnych właściwych dla organów ścigania prowadzi jedynie do subiektywnej oceny i nie pozwala w istocie na rzetelną rekonstrukcję motywacji wykonawcy (tutaj: konsorcjum Swietelsky). Chyba że motywacja ta wynika wprost z (często przypadkowo) ujawnionych zamawiającemu czy konkurencyjnemu wykonawcy informacji – tak jednak w spornym postępowaniu nie było. Z tej przyczyny zamawiający nie dokonał wykluczenia wykonawcy konsorcjum Swietelsky na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w oparciu o zarzut zamierzonego działania wykonawcy.

Jednocześnie zamawiający nie znalazł również podstawy do uznania, że wykonawca konsorcjum Swietelsky dopuścił się rażącego niedbalstwa. W doktrynie prawniczej znaleźć

można stanowisko, iż: *„Rażące niedbalstwo zachodzi natomiast, gdy oczywiste jest, że wykonawca powinien przewidzieć konsekwencje umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego podczas przedstawienia informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”* (I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2007, s. 355). Podkreślenia zaś wymaga, że nie doszło do spełnienia pierwszej z przesłanek zastosowania tego przepisu, tj. nie wprowadzono zamawiającego w błąd.

Ponadto zamawiający wskazał, że nie kwalifikuje działania konsorcjum Swietelsky, jako działania nacechowanego złą wiarą. Wykonawca ten wykazał dłuższe niż wymagał zamawiający doświadczenie, które zamawiający zaakceptował, gdyż było zgodne z rozumieniem przez zamawiającego brzmienia warunku. Zamawiający nie dokonał wykluczenia wykonawcy konsorcjum Swietelsky na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w oparciu o zarzut lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Swietelsky do złożenia Wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku w zakresie Kierownika budowy. Na uzasadnienie tego zarzutu odwołujący wskazał jedynie, że: *„Jednakże, nawet jeżeliby dojść do przekonania, że Konsorcjum Swietelsky nie podlega wykluczeniu to ze względu na wykazane niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, należy unieważnić czynność wyboru oferty Konsorcjum Swietelsky oraz zobowiązać Zamawiającego do przeprowadzenia procedury uzupełniającej. Odwołujący podkreśla jednak, że zarzut ten ma charakter ewentualny i procedura uzupełniająca winna mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdyby Izba uznała, że Konsorcjum Swietelsky nie podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z Postępowania”*. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych i prawnych ani dowodów na poparcie tego zarzutu i już z tego względu nie zasługuje on na uwzględnienie. Niemniej zamawiający wskazał, że konsorcjum Swietelsky wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. W odwołaniu nie wskazano okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających naruszenie przez zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy Pzp oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Swietelsky.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego konsorcjum Swietelsky, a ponadto wskazuje co następuje.

Istotą sporu mającą decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, jest ustalenie, czy treść warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego, pozwalało na interpretację tego warunku w sposób przyjęty przez odwołującego w kontekście brzmienia przepisów ustawy Prawo budowlane, co z kolei ma decydujące znaczenie przy ustaleniu czasu doświadczenia p. (W.B.).

Przepis art. 41 ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1997 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm.), stanowi, iż inwestor jest obowiązany zawiadomić organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę, dokonanie zgłoszenia budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1–4, lub dokonanie zgłoszenia instalowania, o którym mowa w art. 29 ust. 3 pkt 3 lit. d.

Zgodnie zaś z art. 42 ust. 4 ustawy-Prawo budowlane, 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.

Zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego uczestnikami procesu budowlanego są inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant i kierownik budowy lub kierownik robót. Przepis ten zawiera zamknięty katalog podmiotów będących uczestnikami procesu budowlanego, na których z tego tytułu spoczywają konkretne określone dalszymi przepisami powołanej ustawy obowiązki.

Kwestię zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego reguluje art. 57 Prawa budowlanego, zgodnie z którym do zawiadomienia o zakończeniu budowy obiektu budowlanego lub wniosku o udzielenie pozwolenia na użytkowanie inwestor jest obowiązany dołączyć m.in. oryginał dziennika budowy, projekt techniczny, z uwzględnieniem zmian, o których mowa w art. 36b ust. 2, oświadczenie kierownika budowy: o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami, o doprowadzeniu do należytego stanu i porządku terenu budowy, a także – w razie korzystania – drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu.

Przepis art. 17 Prawa budowlanego odnosi się również do sytuacji, kiedy ze względu na specyfikę inwestycji powołano jedynie kierownika robót jako uczestnika procesu budowlanego. Jeżeli zatem na inwestycji nie będzie ustanowionego kierownika budowy, lecz jedynie kierownik robót, to właśnie on będzie zobowiązany do złożenia oświadczenia z art. 57 ust. 1 pkt 2 ustawy – Prawo budowlane.

Krajowa Izba Odwoławcza biorąc zatem pod uwagę brzmienie ww. powołanych przepisów ustawy Prawo budowlane, do których wprost odwołuje się treść ustalonego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu stwierdziła, że okres doświadczenia kierownika robót (zakres przedmiotowego odwołania) należy liczyć od dnia zgłoszenia takiej osoby (kierownika robót) do właściwego organu. Natomiast terminem zakończenia prac, co rozumiane jest również jako zakończenie terminu dla liczenia doświadczenia, należy przyjąć datę zawiadomienia o zakończeniu budowy - obiektu budowlanego. Termin ten kompensuje bowiem zarówno zakres czynności wykonywanych w ramach podstawowych zadań przypisanych kierownikowi robót, jak i wszystkie następcze czynności, które związane są z doprowadzeniem robót do końca – w celu wydania pozwolenia na użytkowanie.

Twierdzenie przeciwne, które próbuje ferować odwołujący, mogłoby prowadzić do absurdu wniosku, w swoim skrajnym przypadku, że data wpisu w dzienniku budowy to dzień wykonania wszystkich czynności, czyli doświadczenie jednego dnia.

Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego, dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących

w toku wykonywania tych robót. Tym samym wpis w dzienniku budowy relacjonuje przebieg robót budowlanych oraz wszystkie wydarzenia, które wpływają na prawidłowość wykonywania robót. Oczywistym jest, że w dzienniku budowy „relacjonowane” są najważniejsze elementy procesu budowlanego, zamykające pewne etapy prac.

Zdaniem Izby, wpisy w dziennikach budowy, na które powoływali się zarówno zamawiający jak i odwołujący, potwierdzają okoliczność wykonywania przez p. (W.B.) określonych prac w czasie w jakim te prace faktycznie były wykonywane, legitymizujące przystępującego do wykazania się przez p. (W.B.) określonym w czasie doświadczeniem.

Tym samym, Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Za bezzasadne Izba uznała również zarzuty odwołującego dotyczące wprowadzenia zamawiającego w błąd, skoro bowiem odwołujący jak i zamawiający powołują się na te same okoliczności wskazane w powoływanych dowodach (dziennikach budowy), to brak jest możliwości stwierdzenia, że przystępujący celowo, świadomie lub w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, gdyż rozbieżność twierdzeń (odwołującego, zamawiającego i przystępującego) wynika jedynie ze sposobu interpretacji wykazywanych okoliczności. Sytuacji takiej nie sposób zakwalifikować tak jak chce tego odwołujący. Okoliczności (fakty) są pewne. Jedynie ich rozumienie może prowadzić do odmiennych wniosków.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....