

**Sygn. akt: KIO 704/22**

**WYROK**  
**z dnia 31 marca 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Członkowie: Beata Konik**  
**Anna Osiecka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A., NDI Sopot S.A., „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o., Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Sopocie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach**

przy udziale wykonawcy: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie pomimo, iż przyjęcie oferty tego wykonawcy, którego beneficjentami rzeczywistymi są obywatele rosyjscy, bezpośrednio powiązani z władzami rosyjskimi odpowiedzialnymi za wszczęcie i kontynuowanie ataku zbrojnego na niezależne państwo, jak również jego finansowanie, w istocie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób z powodu wycofania zarzutu przez odwołującego;

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym przyznanie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zero punktów w kryterium oceny ofert - doświadczenie Kierownika Robót Mostowych;
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 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

**Województwo Świętokrzyskie - Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach** (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Rozbudowę drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary - Starachowice wraz z budową obwodnicy m. Starachowice/Budowę przeprawy mostowej na rz. Kamiennej wraz z drogami dojazdowymi w ciągu obwodnicy Starachowic na DW744 od km ok. 35+536,68 na DW744 do km ok. 262+377,28 na DK42”; numer referencyjny: 57/2021 (dalej jako „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 29 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 211-549236.

W dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI S.A., NDI Sopot S.A., „SP” Sine Midas Stroy Sp. z o.o., Fabe Polska Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Sopocie**, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego podjętych w niniejszym postępowaniu a polegających na:

1. dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Strabag”);
2. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty Strabag;
3. zaniechaniu wezwania Strabag w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), pomimo iż wykonawca nie potwierdził spełniania tego warunku.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ tj. w zakresie dysponowania osobami (potencjałem kadrowym) legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone w ramach wykonania zamówienia (brak doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy), a jednocześnie wobec tożsamości wymagań odnośnie do posiadania doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych – zarzucił także naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SWZ dokonanie oceny oferty Strabag i przyznanie jej maksymalnej liczby (20) punktów w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych, podczas gdy wskazana na to stanowisko osoba nie nabyła - w trakcie realizacji podanych obiektów mostowych - doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy, tym samym oferta Strabag w ww. kryterium oceny ofert winna otrzymać 0 pkt;

w przypadku zaś, nie uwzględnienia zarzutu, o którym mowa w pkt 1, odwołujący podniósł zarzuty naruszenia:

2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez błędne i niezgodne z postanowieniami SWZ dokonanie oceny oferty Strabag i przyznanie jej maksymalnej liczby (20) punktów w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych, co w konsekwencji doprowadziło do niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo iż mając na uwadze określone w dokumentach zamówienia kryteria oceny ofert, w istocie oferta Strabag winna być sklasyfikowana na dalszym miejscu w rankingu ofert, nie mogąc tym samym być uznana za najkorzystniejszą (nieprawidłowe przyznanie maksymalnej liczby (20) punktów w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych);

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu z pkt 2 odwołujący zarzucił, że zamawiający naruszył przepisy:

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy STRABAG, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII

ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ (brak potwierdzenia doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch obiektów mostowych o dł. min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzyńkowym);

względnie, zarzucił naruszenie:

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy Strabag do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ, tj. w zakresie dysponowania osobami (potencjałem kadrowym) legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone w ramach wykonania zamówienia, pomimo iż wykonawca Strabag nie potwierdził spełniania tegoż warunku (brak potwierdzenia doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch obiektów mostowych o dł. min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzyńkowym).

Jednocześnie, mając na uwadze realny stan zagrożenia bezpieczeństwa państwa, wywołany inwazją Federacji Rosji na Ukrainę, jak również strukturę właścicielską wykonawcy Strabag, odwołujący podniósł także zarzut naruszenia:

5. art. 226 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Strabag, pomimo iż przyjęcie tej oferty, którego beneficjentami rzeczywistymi są obywatele rosyjscy, bezpośrednio powiązani z władzami rosyjskimi odpowiedzialnymi za wszczęcie i kontynuowanie ataku zbrojnego na niezależne państwo, jak również jego finansowanie, w istocie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag; powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie odrzucenie złożonej przez Strabag oferty, względnie sklasyfikowanie go na dalszym miejscu w rankingu ofert (za odwołującym); względnie - wezwanie Strabag do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ. Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od zamawiającego na jego

rzecz kosztów wpisu od odwołania, wraz z pozostałymi, uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika

w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący w pierwszej kolejności przypomniał, że zamawiający w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4) lit. b) ppkt 3) SWZ, zastrzegł iż w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (potencjał kadrowy), wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować w okresie przewidzianym na realizację zamówienia osobami legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone, tj. Kierownikiem Robót Mostowych - osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Mając na uwadze literalne brzmienie zacytowanych powyżej zapisów SWZ, wykonawca zobowiązany był wykazać się dysponowaniem osobą posiadającą wymagane doświadczenie, przy czym doświadczenie to miało wynikać ze sprawowanej funkcji kierownika robót lub funkcji kierownika budowy, które to funkcje w myśl art. 12 Prawa Budowlanego stanowią samodzielne funkcje techniczne w budownictwie.

Tym samym, w jego ocenie, z jednoznacznych w tym zakresie postanowień SWZ wynika, iż wymagane doświadczenie miało zostać nabyte nie w związku z jakimkolwiek, faktycznym udziałem w realizacji ww. inwestycji, ale w związku z pełnieniem określonej funkcji technicznej w budownictwie, z którą przepisy prawa wiążą szereg uprawnień i obowiązków. Przypomniał w tym miejscu treść przepisu art. 24 ust. 2 w zw. z art. 22 i art. 23 Prawa budowlanego, który określa co należy do podstawowych obowiązków kierownika robót budowlanych (ograniczonych do zakresu nadzorowanych robót budowlanych). Zauważył, że z regulacji tej jednoznacznie wynika, że kierownik robót budowlanych ma takie same uprawnienia i obowiązki jak kierownik budowy (ograniczone do zakresu nadzorowanych robót budowlanych) i podobnie jak kierownik budowy ponosi całkowitą odpowiedzialność zawodową za podjęte decyzje na etapie prowadzenia robót budowlanych.

Dodatkowo, zgodnie z § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki (Dz.U. z 2021 r., poz. 1686), kierownik robót budowlanych jest upoważniony do dokonywania wpisów w dzienniku budowy.

Podkreślił również, że omówione powyżej rozumienie warunku (jak również, z uwagi na tożsamość zapisów - kryterium oceny ofert) w zakresie posiadanego doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy, jako doświadczenia w sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej, nie budziło jakichkolwiek wątpliwości zarówno wśród kierujących wnioski o zmianę treści SWZ wykonawców, jak również u samego zamawiającego. Odesłał w tym zakresie do treści pytania i odpowiedzi nr 90 opublikowanych 30 listopada 2021 r., a dotyczących właśnie warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - Potencjał kadrowy - Kierownik robót mostowych (Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ). Jeden z wykonawców, odwołując się wprost do przepisów prawa budowlanego i funkcji technicznych tamże określonych, wniósł o dokonanie modyfikacji tego warunku i dopuszczenie przedstawienia przez wykonawcę osoby na to stanowisko posiadającej doświadczenie w sprawowaniu funkcji Inspektora Nadzoru Robót mostowych.

W odpowiedzi zamawiający oświadczył, że podtrzymuje zapisy Rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ. Tym samym, za niebudzące wątpliwości uznać należy, iż dla spełnienia przedmiotowego warunku (podobnie, jak dla uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych), osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych, powinna legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jaką jest kierownik robót mostowych.

Na potwierdzenie powyższej argumentacji odwołujący przypomniał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w tym treść wyroku z dnia 10 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1282/2020, który potwierdza stanowisko prezentowane przez odwołującego, iż na gruncie warunku sformułowanego przez zamawiającego nie można uznać, że rozumienie „kierowania” należy odnieść do jakiegokolwiek osoby o nieustalonym statusie i zakresie odpowiedzialności, która „faktycznie” kierowała danymi pracami. Podobnie na temat sposobu rozumienia pełnienia funkcji kierownika robót wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 93/19.

Odwołujący zauważył, że w przedłożonym do oferty Załączniku nr 11 - Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”, wykonawca Strabag oświadczył, iż skierowany do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych Pan M. M., w ramach realizacji projektu pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Sztambułu (Northern Marmaray

Higway)”, zgodnie z treścią Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4) lit. b) ppkt 3) SWZ, nabył doświadczenie zawodowe w sprawowaniu funkcji kierownika robót przy budowie „trzech wiaduktów budowanych metodą nasuwania podłużnego: - wiadukt V06, beton sprężony o przekroju skrzynkowym (447m), - wiadukt V14 beton sprężony o przekroju skrzynkowym (429m) - wiadukt V17 beton sprężonym przekroju skrzynkowym (642m)”. Na potwierdzenie rzekomo posiadanego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót, wykonawca wskazał: „Kierownik robót, zakres: wykonanie projektu alternatywnego wiaduktów łącznie z podporami w konwencji zaprojektuj wybuduj, nadzór nad pracami związanymi z metodą budowy i wytwarzaniem segmentów pomostu oraz montażem wyposażenia mostowego”. W ocenie odwołującego, już tylko analizując wskazany w Załączniku nr 11, zakres realizowanych zadań, Pan M. M. nie posiada wymaganego do spełnienia warunku (podobnie jak do uzyskania dodatkowych punktów w odnośnym kryterium oceny ofert) doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Nawet wobec antycypowanych twierdzeń Strabag, iż Pan M. faktycznie brał udział w jakiejś części realizacji wskazanych wiaduktów, ewentualny zakres jego aktywności związany był jedynie z wykonaniem projektu i nadzorem nad częściowym zakresem prac tj. „związanych z metodą budowy i wytwarzaniem segmentów pomostu oraz montażem wyposażenia mostowego”. Abstrahując od wybiórczego i niepełnego zakresu zadań „nadzorczych” (dot. jedynie segmentów pomostów i montażu wyposażenia mostowego), symptomatyczne iż Strabag używa enigmatycznego określenia „nadzór nad pracami związanymi z metodą budowy”. W ocenie odwołującego, nadzór nad metodą budowy nie jest tożsamy z nadzorem nad budową, a dopiero ten ostatni może być uznany jako potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ.

Odwołujący zaznaczył, że zamawiający również powziął wątpliwości co do doświadczenia Pana M., kierując 3 stycznia 2022 r. do wykonawcy Strabag wezwanie do wyjaśnienia treści złożonej oferty. W odpowiedzi, wykonawca stwierdził, że „potwierdza, że Pan M. M. pełnił funkcję kierownika robót mostowych na obiektach: wiadukt V06, wiadukt V14 oraz wiadukt V17 przy realizacji inwestycji Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Higway)”. Powyższą informację, odnośnie do rzekomo pełnionej na wskazanym Projekcie przez Pana M. funkcji kierownika robót mostowych, Strabag powielił w przedłożonym na wezwanie wykazie osób z dnia 31 stycznia 2022 r. Przy czym odnotować należy, iż odmiennie jak w przypadku osób na stanowisko Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Drogowych, w przypadku Pana M. wskazanego na stanowisko Kierownika



Robót Mostowych, brak jest informacji o okresie realizacji inwestycji, w ramach której Pan M. miałby nabywać doświadczenie przy budowie wskazanych wiaduktów jako kierownik robót mostowych.

Wobec uzyskanych przez odwołującego informacji, podkreślić należy, iż złożone przez wykonawcę Strabag oświadczenie w zakresie rzekomo posiadanego przez Pana M. doświadczenia, w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych przy budowie ww. wiaduktów V06, V14 oraz V17 jest nieprawdziwe, wprowadzając zamawiającego w błąd. W istocie bowiem Pan M. M. nie pełnił samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jako Kierownik Robót Mostowych w toku inwestycji pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway)”, w ramach której wykonano: trzy wiadukty o symbolach V06, V14 oraz V17. Na tą okoliczność załączył do odwołania, uzyskane przez odwołującego w odpowiedzi na zapytanie z dnia 1 marca 2022 r., pismo Generalnego Wykonawcy (lidera konsorcjum) przywołanego zadania tj. firmy ICA Ictas, z dnia 8 marca 2022 r., z którego jednoznacznie wynika, iż Pan M. M. nie pracował jako Kierownik Robót Mostowych na Zadaniu obejmującym budowę wiaduktów V06, V14 oraz V17. W tym miejscu odwołujący wyjaśnił, iż stosowana przez Strabag nazwa Zadania tj. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu” jest określeniem nieformalnym, potocznym, na co też zwraca uwagę ICA Ictas w swojej odpowiedzi z dnia 8 marca 2022 r. wskazując, iż formalna/oficjalna nazwa przedmiotowego Zadania to Northern Ring Motorway Project (w języku angielskim używana jest zamiennie także nazwa Northern Marmara Highway; w języku tureckim zaś brzmi ona: KUZEY ÇEVRE OTOYOLU). Co istotne, przywołane przez STRABAG wiadukty V06, V14 oraz V17 wykonywane były właśnie w ramach ww. Projektu Northern Ring Motorway/Northern Marmara Highway realizowanego przez ICA Ictas (jako dowody odwołujący przedstawił wydruki ze stron internetowych, na których opisywany był zakres przedmiotowego Projektu).

Dalej odwołujący stwierdził, że mając na uwadze oświadczenie Generalnego Wykonawcy ICA Ictas, iż Pan M. M. nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych przy realizacji Projektu „Yavuz Sultan Selim Bridge and Northern Ring Motorway”, w ramach którego realizowane były trzy ww. wiadukty V06, V14 oraz V17, uznać należy, iż Strabag nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą posiadającą doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Konsekwencją powyższego winno być odrzucenie jego oferty. Z tych samych względów, niezasadne jest przyznanie wykonawcy dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny oferty - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych.

W dalszej części odwołujący, uzasadniając zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp (nieprawidłowe przyznanie maksymalnej liczby (20) punktów w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych), ponownie przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ. Ponadto, w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3) SWZ, zamawiający opisał kryteria oceny ofert, w tym wskazał, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się kryterium oceny ofert w postaci Doświadczenia Kierownika Robót Mostowych (D) o wadze kryterium 20 % - 20 pkt. Zwrócił także uwagę, że w toku wyjaśniania SWZ, wykonawcy zadawali szereg pytań związanych z doświadczeniem Kierownika Robót Mostowych. Przytoczył między innymi pytania i odpowiedzi zamawiającego, opublikowane 3 grudnia 2021 r. numer 205 i 246 wskazując, że zarówno z postanowień SWZ, jak również udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących doświadczenia Kierownika Robót Mostowych wynika, że aby zdobyć 20 pkt w kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych (D), osoba wskazana na to stanowisko musi legitymować się doświadczeniem

w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej 3 obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym, z czego: (1) jeden obiekt skrzynkowy o długości min. 300 m punktowany za 0 pkt, ujęty jest w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4) lit. b) ppkt 3); (2) drugi obiekt skrzynkowy o długości min. 300 m punktowany za 10 pkt, ujęty jest w kryterium oceny ofert, o którym mowa w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3); (3) trzeci obiekt skrzynkowy o długości min. 300 m punktowany za 20 pkt, ujęty jest w kryterium oceny ofert, o którym mowa w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3). Przy czym, dokonując punktacji w ramach analizowanego kryterium oceny ofert, nie powinno umykać, iż zgodnie z zapisami SWZ, doprecyzowanymi przez zamawiającego w udzielonych wyjaśnieniach, aby spełnić ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednio doświadczonym Kierownikiem Robót Mostowych, za wyjątkiem wskazania jednego obiektu skrzynkowego (niejako konsumującego obiekt w ramach kryterium oceny ofert za 0 pkt), wykonawca winien wykazać posiadanie przez Kierownika Robót Mostowych co najmniej jeszcze jednego obiektu mostowego o długości min. 300 m, z betonu sprężonego, który jednak nie musi być obiektem o przekroju skrzynkowym.

W ocenie odwołującego, z powyższego jasno wynika, że wykonawca który chciał zdobyć maksymalną liczbę punktów (20) i jednocześnie potwierdzić spełnianie ww. warunku, na stanowisko kierownika robót mostowych musiał wskazać osobę, która ma doświadczenie w wykonaniu co najmniej trzech obiektów skrzynkowych o długości min. 300 m oraz jednego

obiekty o długości min. 300 m (przy czym mógł to być obiekt skrzynkowy, bądź też nie skrzynkowy). *Notabene* powyższe rozumienie zapisów SWZ, podzieliło większość wykonawców składających oferty w przedmiotowym postępowaniu, którzy, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału i uzyskaniu maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert, wskazywali łącznie 4, a nawet 5 obiektów mostowych. Jak bowiem wynika z zapisów SWZ - por. Rozdział XIX ust. 1 pkt 3) lit. a) zdanie pierwsze: „Punkty przyznane w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” będą przyznawane w przypadku wykazania przez Wykonawcę posiadania większego doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych, niż wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Rozdziału VIII SWZ. A zatem, a contrario, w przypadku podania tożsamego doświadczenia zarówno w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału, jak i w ramach kryterium oceny ofert - punkty nie będą przyznawane (*stricte* będą wynosiły 0 pkt). W konsekwencji, sumując omówione wymogi, aby uzyskać 20 pkt i wykazać spełnienie omawianego warunku w zakresie doświadczenia kierownika robót mostowych, osoba wskazana do pełnienia tej funkcji, musiała posiadać doświadczenie w realizacji łącznie co najmniej 4 obiektów o długości min. 300 m, z czego przynajmniej 3 powinny być obiektami o przekroju skrzynkowym, 1 zaś mógł mieć konstrukcję dowolną (skrzynkową lub nie skrzynkową).

Mając na względzie powyższe, jak również przedłożone przez wykonawcę Strabag w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia następujące dokumenty tj.: (1) przedłożony wraz z ofertą Załącznik nr 11 - Kryterium oceny ofert - „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”; (2) przedłożony na wezwanie zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. wykaz osób, w ocenie odwołującego, wobec wskazania przez Strabag w obu ww. dokumentach, trzech tożsamy obiektów mostowych wykazujących doświadczenie Pana M. M., zamawiający niesłusznie, wbrew postanowieniom SWZ, przyznał ofercie tego wykonawcy 20 pkt w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych.

Odwołujący podkreślił, że w przedłożonym wraz z ofertą Załączniku nr 11 – Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”, wykonawca Strabag wskazał, iż w ramach realizacji zadania pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Sztambułu (Northern Marmaray Highway)”, Pan M. M. skierowany do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych, posiada wymagane doświadczenie nabyte przy realizacji trzech wiaduktów budowanych metodą nasuwania podłużnego (wiadukt V06, beton sprężony o przekroju skrzynkowym - 447m, wiadukt V14 beton sprężony o przekroju skrzynkowym - 429m, wiadukt V17 beton sprężony o przekroju skrzynkowym - 642m), za co zgodnie z informacją o

wyborze oferty otrzymał maksymalną liczbę punktów - 20 pkt. Z kolei, celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ, w przedłożonym na wezwanie zamawiającego podmiotowym środku dowodowym tj. wykazie osób, Strabag również wskazał trzy, te same wiadukty. Wobec przyjętej przez zamawiającego procedury odwróconej i badania spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie w stosunku do wezwanego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (por. Rozdział XX ust. 9 SWZ), wskazanie przez wykonawcę Strabag w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tych samych co w Załączniku nr 11 Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”, jedynie 3 obiektów skrzynkowych o długości min. 300 m, winno być poczytywane jako niewystarczające do przyznania ofercie Strabag maksymalnej liczby punktów.

Zakładając, iż wykonawcy, pod rygorem odrzucenia ich oferty, w pierwszej kolejności dążą do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a dopiero w drugiej kolejności, dążąc do uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, wykazują dodatkowo punktowane doświadczenie,

w ocenie odwołującego należało przyjąć, iż wskazane przez Strabag wiadukty skrzynkowe potwierdzają: (1) pierwszy obiekt skrzynkowy - spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ (dot. jednego obiektu mostowego o przekroju skrzynkowym); (2) drugi obiekt skrzynkowy - spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ (dot. drugiego obiektu mostowego o przekroju nie skrzynkowym, bądź skrzynkowym, będąc jednocześnie pierwszym doświadczeniem ponad wymagane w ramach warunku, a tym samym konsumując obiekt skrzynkowy w ramach kryterium oceny ofert za 0 pkt, o którym mowa w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3) SWZ; (3) trzeci obiekt skrzynkowy - będąc jednocześnie drugim doświadczeniem ponad wymagane w ramach warunku, a tym samym konsumując obiekt skrzynkowy w ramach kryterium oceny ofert za 10 pkt, o którym mowa w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3) SWZ. W świetle powyższego, tj. wobec braku wykazania przez Strabag czwartego obiektu (jednocześnie będącego trzecim doświadczeniem ponad wymagane w ramach warunku, a tym samym konsumując obiekt skrzynkowy w ramach kryterium oceny ofert za 20 pkt, o którym mowa w Rozdziale XIX ust. 1 pkt 3) SWZ), oferta Strabag w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika robót mostowych” winna otrzymać nie 20 pkt, a 10 pkt. Wszak zgodnie z zapisami Rozdziału XIX ust. 1 pkt 3) lit. a) ppkt 2) SWZ, doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości

min.

300

m

z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym, punktowane jest właśnie na 10 pkt. Przekładając powyższe na pozycję oferty Strabag w rankingu ofert, oferta ta winna uplasować się na czwartym miejscu, nie mogąc tym samym zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Reasumując powyższe, odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób błędny i niezgodny z postanowieniami SWZ dokonał oceny oferty Strabag i przyznał jej maksymalną liczbę punktów (20) w kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych, podczas gdy w istocie oferta ta winna uzyskać w ramach ww. kryterium punktów 10, a tym samym zostać sklasyfikowana na miejscu czwartym, za ofertą odwołującego.

Podnosząc zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, oraz ewentualny zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (brak spełniania warunku w zakresie doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch obiektów mostowych o dł. min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym) odwołujący raz jeszcze podał, iż wskazanie przez wykonawcę Strabag w wykazie osób złożonym w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, tych samych, co w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 11 Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”, jedynie 3 obiektów skrzynkowych o długości min. 300 m, może być poczytywane jako niepotwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ. Mając bowiem na względzie wyżej przytoczone zapisy SWZ (Rozdział XIX ust. 1 pkt 3) lit. b), w myśl których zamawiający informuje, że Załącznik nr 11 nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z powyższym nie ma zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. dokument ten nie podlega uzupełnieniu, wszystkie trzy obiekty wskazane przez Strabag w owym Załączniku nr 11, winny być zaliczone na poczet doświadczenia w ramach kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych. Przy czym podtrzymując powyższą argumentację, w myśl której jeden obiekt skrzynkowy w ramach kryterium oceny ofert, punktowany za 0 pkt, wypełnia jednocześnie warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji jednego obiektu mostowego o dł. min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym, wykonawca Strabag nie wskazując czwartego obiektu mostowego, nie potwierdził tym samym spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji drugiego obiektu mostowego o dł. min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym, bądź też nie skrzynkowym. W istocie, powielenie

przez Strabag w wykazie osób, będącym podmiotowym środkiem dowodowym, mającym na celu potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, obiektów z uprzednio przedłożonego Załącznika nr 11 Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”, które mają dowodzić dysponowaniu osobą posiadającą doświadczenie dające wykonawcy maksymalną liczbę punktów (tj. przy realizacji 3 obiektów skrzynkowych), jawi się jako sprzeczne z zapisami SWZ. Przy czym za nieuprawnioną należy poczytywać ewentualną próbę dowodzenia, iż wskazanie trzech (tych samych) obiektów skrzynkowych jest wystarczające - jednocześnie - do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak również do uzyskania maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenia kierownika robót mostowych. Jak bowiem wynika z zapisów SWZ (Rozdział XIX ust. 1 pkt 3) lit. a) zdanie pierwsze) „Punkty przyznane w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” będą przyznawane w przypadku wykazania przez Wykonawcę posiadania większego doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych, niż wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Rozdziału VIII SWZ. A zatem utożsamianie tych doświadczeń 1:1, jawi się jako nieprawidłowe. Tym samym, próby takie uznane powinny być za niedopuszczalną zmianę, czy też reinterpretację treści SWZ.

Jednocześnie odwołujący stwierdził, że sytuacja w której zamawiający ma wątpliwości co do przedstawionego wykazu osób (w szczególności wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu), obliguje go do skorzystania z narzędzia, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp tj. wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze fakt, iż zamawiający jako doświadczenie punktowane zaliczył wykonawcy Strabag trzy obiekty mostowe, a wykonawca Strabag w przedłożonym na wezwanie wykazie osób nie wskazał co najmniej czwartego obiektu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, zasadnym było wezwanie wykonawcy do jego uzupełnienia. Ze względu na powyższe, zamawiający zobowiązany był co najmniej do podjęcia ww. dodatkowych czynności w celu prawidłowej weryfikacji, czy Strabag posiada wymagane doświadczenie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ich brak, winien być poczytywany jako naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej części odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp argumentując, iż zgodnie z wpisem w Centralnym Rejestrze Beneficjentów Rzeczywistych Spółki Strabag Sp. z o.o. (w aktach postępowania), jednym z Beneficjentów działalności tego wykonawcy poprzez posiadanie 27,78% akcji w spółce STRABAG SE,

będącej pośrednim właścicielem 100% udziałów w Spółce Strabag Sp. z o.o., jest Pan O. W D. Jest wiedzą powszechną, że osoba ta to bliski współpracownik Prezydenta Rosji Władimira Putina. Co więcej, Pan O. D. jest osobą znajdującą się na listach osób objętych w ostatnich dniach najbardziej dotkliwymi sankcjami w zw. z wydarzeniami na Ukrainie. W związku z dokonaną 24 lutego 2022 r. inwazją sił zbrojnych Federacji Rosyjskiej oraz doniesieniami o dopuszczaniu się przez nie ludobójstwa na ludności cywilnej oraz powszechną reakcją i sankcjami względem współpracowników grona decyzyjnego odpowiedzialnego za ten stan rzeczy, w ocenie odwołującego zasadnym było dołączenie przez zamawiającego do tych sankcji i uniemożliwienie kapitałowi rosyjskiemu wykorzystanie i czerpanie korzyści z polskich środków publicznych. Odwołujący przypomniał treść art. 226 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Ochrona przed bezprawną interwencją zbrojną Federacji Rosyjskiej na terytorium suwerennego państwa, będącego bezpośrednim sąsiadem Rzeczypospolitej Polskiej, wszystkimi możliwymi środkami prawnymi, jest z pewnością ochroną interesu bezpieczeństwa państwa polskiego. Jeżeli tylko tego typu działania potencjalnie mogłyby zwiększyć to bezpieczeństwo w obecnych czasach, to należy je podejmować, zwłaszcza że występują po temu przesłanki w ustawie Pzp. Mając na względzie powyższe, odrzucenie oferty Strabag w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp jawi się jako konieczne i uzasadnione.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 524 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca: **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** (dalej „przystępujący”).

Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 23 marca 2022 r., w którym oświadczył, że cofa złożone odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy Strabag pomimo, iż przyjęcie oferty tego wykonawcy, którego beneficjentami rzeczywistymi są obywatele rosyjscy, bezpośrednio powiązani z władzami rosyjskimi odpowiedzialnymi za wszczęcie i kontynuowanie ataku zbrojnego na niezależne państwo, jak również jego finansowanie, w istocie narusza bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa, a tego bezpieczeństwa lub interesu nie można zagwarantować w inny sposób. Mając na uwadze powyższe, Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w pozostałej części, jako niezasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się

w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Strabag, którego oferta winna zostać, zdaniem odwołującego, odrzucona lub też wykonawca ten powinien otrzymać mniejszą liczbę punktów. W wyniku uwzględnienia niniejszego odwołania, po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, oferta odwołującego będzie miała realne szanse zostać uznaną za ofertę najkorzystniejszą i w konsekwencji odwołujący zyska możliwość zawarcia umowy w tym postępowaniu, a w konsekwencji osiągnięcia zysku z jego realizacji.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem IV SWZ, jest „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 744 na odc. Tychów Stary – Starachowice wraz z budową obwodnicy m. Starachowice /Budowa przeprawy mostowej na rz. Kamiennej wraz z drogami dojazdowymi w ciągu obwodnicy Starachowic na DW744 od km ok. 35+536,68 na DW744 do km ok. 262+377,28 na DK42”.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale III SWZ wskazał, że przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych



środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dalej, Izba ustaliła, że w Rozdziale VIII SWZ opisano warunki, które musi spełniać wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie, w tym w zakresie potencjału kadrowego. Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca musi wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować w okresie przewidzianym na realizację zamówienia osobami legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone, tj.: (1) Kierownikiem Budowy - osobą posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej lub drogowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót mostowych przy realizacji co najmniej jednej zakończonej inwestycji, przez cały okres jej trwania (tj. od momentu przekazania placu budowy do momentu dokonania odbioru końcowego robót), związanej z: budową, rozbudową, odbudową lub przebudową drogi publicznej o długości min. 3 km klasy co najmniej „GP” lub odpowiadającej tej klasie oraz obiektu inżynierskiego o długości min. 200 m. Wykonanie ww. robót mogło nastąpić w ramach jednego lub odrębnych zadań. (2) Kierownikiem Robót Drogowych - osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności drogowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednej zakończonej inwestycji związanej z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, drogi publicznej klasy co najmniej „GP” lub odpowiadającej tej klasie o długości min. 3 km. (3) Kierownikiem Robót Mostowych - osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Zamawiający określając wymogi dla potencjału kadrowego w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuścił odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zmianami) oraz ustawy z dnia 19 listopada

2020r. o zmianie ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2021 r., poz. 78).

Z kolei w Rozdziale XIX SWZ opisane zostały kryteria, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Kryteria oceny ofert opisano w następujący sposób: cena (C) - waga kryterium 60% - 60 pkt; Gwarancja (G) - waga kryterium 20% - 20 pkt; Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych (D) - waga kryterium 20% - 20 pkt. W zakresie kryterium oceny ofert w postaci Doświadczenia Kierownika Robót Mostowych (D) o wadze kryterium 20 % - 20 pkt, zgodnie z postanowieniami SWZ, zamawiający zastrzegł, iż punkty przyznane w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” będą przyznawane w przypadku wykazania przez wykonawcę posiadania większego doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych, niż wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Rozdziału VIII SWZ. Punkty przyznane w kryterium doświadczenie Kierownika Robót Mostowych będą liczone według zasad: (1) doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej jednego obiektu mostowego o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym - 0 pkt; (2) doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym - 10 pkt; (3) doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej trzech obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym – 20 pkt. Wykonawca dokona wpisu ilości obiektów mostowych, przy realizacji których uczestniczył Kierownik Robót Mostowych w pkt. IV ust. 4 formularza Oferta oraz załączy do oferty Załącznik nr 11 - Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”. Zamawiający informuje, że Załącznik nr 11 nie stanowi dokumentu składanego w celu potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z powyższym nie ma zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. dokument ten nie podlega uzupełnieniu.

Skład orzekający ustalił ponadto, że w toku postępowania wykonawcy zwracali się do zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści SWZ, w tym w zakresie dotyczącym opisu warunku udziału w postępowaniu, jak też ustanowionych kryteriów oceny ofert.

W jednym z pytań - nr 90, opublikowanym 30 listopada 2021 r., a dotyczącym warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - Potencjał kadrowy - Kierownik robót mostowych (Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ wykonawca,

odwołując się do przepisów prawa budowlanego i funkcji technicznych tamże określonych, wniósł

o dokonanie zmiany zapisów SWZ w następującym zakresie: „Wykonawca zwraca się z wnioskiem o modyfikację wskazanego w Specyfikacji Warunków Zamówienia warunku udziału w zakresie potencjału kadrowego - kierownika robót mostowych - i dopuszczenie przedstawienia przez wykonawcę osoby na to stanowisko posiadającej doświadczenie w sprawowaniu funkcji Inspektora Nadzoru Robót mostowych. Wykonawca powyższe rozszerzenie warunku udziału uzasadnia okolicznością, iż obecne brzmienie warunku udziału upoważnia do przedstawienia osób z doświadczeniem szerokim w rozumieniu branżowym, niemniej ogólnym jak na stanowisko, które pełnić ma przyszła osoba na przedmiotowym zadaniu. Nie może ulegać wątpliwości, że dopuszczenie przez Zamawiającego przedstawienia osoby z doświadczeniem stricte związanym z realizacją i nadzorem robót mostowych przyczyni się do zapewnienia Zamawiającemu kadry w pełni kompetentnej i mającej szeroką wiedzę związaną ze specyfiką robót i organizacją zadań mostowych. Niewątpliwym jest, że w doświadczenie w zakresie wnioskowanym przez Wykonawcę w pełni potwierdzi, iż dana osoba będzie zdolna do realizacji przedmiotu zamówienia na stanowisku Kierownika Robót Mostowych. Osoba z doświadczeniem inspektora nadzoru robót mostowych posiada bowiem nie tylko doświadczenie w branży stricte mostowej, ale także posiada doświadczenie i uprawnienia w pełnieniu funkcji kierowniczych. Podkreślenia bowiem wymaga, że zgodnie z art. 26 ustawy Prawo Budowlane inspektor nadzoru ma prawo wydawać kierownikowi budowy lub kierownikowi robót polecenia, potwierdzone wpisem do dziennika budowy, jak również żądać od kierownika budowy lub kierownika robót dokonania poprawek bądź ponownego wykonania wadliwie wykonanych robót, a także wstrzymania dalszych robót budowlanych w przypadku, gdyby ich kontynuacja mogła wywołać zagrożenie bądź spowodować niedopuszczalną niezgodność z projektem lub pozwoleniem na budowę. Inspektor nadzoru robót mostowych ustanawiany jest na mocy art. 27 ustawy Prawo Budowlane, zgodnie z którym „Przy budowie obiektu budowlanego, wymagającego ustanowienia inspektorów nadzoru inwestorskiego w zakresie różnych specjalności, inwestor wyznacza jednego z nich jako koordynatora ich czynności na budowie.” Powyższe oznacza więc, że inspektor nadzoru robót mostowych posiada nie tylko doświadczenie i kwalifikacje branżowe, ale przede wszystkim, zgodnie z ustawą Prawo Budowlane, pełni każdorazowo funkcję koordynatora tej części robót i nadzoruje prace kierownika budowy oraz kierownika robót. Wobec powyższego, rozszerzenie warunku udziału o możliwość przedstawienia na stanowisko Kierownika Robót Mostowych osoby z doświadczeniem w pełnieniu funkcji Inspektora nadzoru robót mostowych jest w pełni uzasadnione, bowiem osoba ta wypełnia wymogi doświadczenia na stanowisku kierowniczym oraz posiada doświadczenie

w realizowaniu robót mostowych. W odpowiedzi zamawiający oświadczył, że podtrzymuje zapisy Rozdziału VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ.

Z kolei odpowiadając na pytanie nr 205 (pismo z 3 grudnia 2021 r.): „Wykonawca prosi o dokładne podanie liczby obiektów jakie musi wykazać Kierownik robót mostowych, żeby spełnił warunek podstawowy w zakresie posiadanego doświadczenia i w kryterium oceny - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych aby otrzymać maksymalną liczbę punktów, czy ma posiadać doświadczenie przy realizacji w sumie: 1 obiektu o długości min. 300 m i 4 obiektów o dł. min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Powyższa informacja pozwoli uniknąć wątpliwości wśród oferentów i w przyszłości podważania interpretacji zapisów przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu co do spełnienia w/w warunków co jednocześnie pozwoli uniknąć niepotrzebnie składanych odwołań do KIO”, zamawiający stwierdził: „Warunki udziału w postępowaniu zostały jednoznacznie określone w Rozdziale VIII SWZ, a kryteria oceny ofert w Rozdziale XIX SWZ. Kierownik Robót Mostowych wskazany przez Wykonawcę, w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu musi posiadać „doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Zamawiający informuje, że aby uzyskać maksymalną ilość punktów (20) w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych (D)” Wykonawca dla Kierownika Robót Mostowych musi wykazać „doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej trzech obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym”. Podkreślić należy, iż weryfikacja w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odbędzie się na późniejszym etapie, tj. po dokonaniu oceny punktowej złożonych ofert, na podstawie wypełnionych i podpisanych wykazów wg wzoru określonego w Załączniku nr 10 do SWZ, składanych wraz z ofertą. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu będą natomiast składane jedynie przez Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, wezwanego na podstawie art. 126 ustawy PZP. Zamawiający na etapie oceny ofert musi mieć zatem pewność, że dokonana przez niego ocena oferty dokonana została prawidłowo”. Dalej, w odpowiedzi na pytanie nr 246 o treści: „Dotyczy Rozdziału XIX. ust. 2. pkt. 3) lit. a) SWZ. Prosimy o wyjaśnienie sposobu przyznawania punktów w kryterium - Doświadczenia Kierownika Robót Mostowych, ponieważ przedstawiona zasada jest niezrozumiała dla Wykonawcy. Niezrozumiałe jest wykazanie się

jedną dodatkową inwestycją ponad doświadczenie wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ, za które wykonawca otrzyma 0 punktów. Za wykazanie się dodatkową inwestycją Wykonawca powinien otrzymać dodatkowe punkty. W związku z powyższym Wykonawca wnosi o wyrażenie zgody na zmianę treści SWZ dotyczącej warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w SWZ – Rozdziału XIX. ust. 2. pkt. 3) lit. a) w sposób następujący: „Punkty przyznane w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” będą przyznawane w przypadku wykazania przez Wykonawcę posiadania większego doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych, niż wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Rozdziału VIII SWZ. Punkty przyznane w kryterium doświadczenie Kierownika Robót Mostowych będą liczone według zasad: (1) doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej jednego obiektu mostowego o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym - 10 pkt; (2) doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym - 20 pkt. Wykonawca wnosi o wyrażenie zgody na zmianę treści SWZ dotyczącej warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o którym mowa w SWZ - Rozdział VIII. ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) w sposób następujący: „Kierownik Robót Mostowych – osoba posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej oraz doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej jednego obiektu mostowego o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym”. W ocenie Wykonawcy ww. warunki udziału w postępowaniu jawią się jako nadmierne, utrudniające pozyskanie zamówienia wielu podmiotom, które w istocie byłyby w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie i dysponują adekwatnym doświadczeniem. Proponowana zmiana postanowień SWZ, nie tylko gwarantuje Zamawiającemu możliwość dokonania obiektywnej oceny zdolności wykonawców do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia, ale nadto zapewnia szerszy dostęp do postępowania wykonawcom zdolnym do jego realizacji, co pozwoli Zamawiającemu uniknąć zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający w odpowiedzi stwierdził: „Zasady przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach zostały jednoznacznie określone w Rozdziale XIX SWZ. Zamawiający informuje, że Wykonawca: otrzyma 0 pkt w kryterium

„Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” w przypadku wykazania do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych osoby posiadającej doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej jednego obiektu mostowego o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym; otrzyma 10 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” w przypadku wykazania do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych osoby posiadającej doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym; otrzyma 20 pkt w kryterium „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” w przypadku wykazania do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych osoby posiadającej doświadczenie

w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji związanych z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej trzech obiektów mostowych o długości min. 300 m z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym. Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę treści SWZ. Uzasadnienie do stanowiska zamawiającego zawarte zostało w odpowiedzi nr 205”.

Dalej Izba ustaliła, że wykonawca Strabag, w przedłożonym wraz z ofertą Załączniku nr 11 – Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych” wskazał, iż w ramach realizacji zadania pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway)”, Pan M. M. skierowany do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych, posiada wymagane doświadczenie nabyte przy realizacji trzech wiaduktów budowanych metodą nasuwania podłużnego, tj.: wiadukt V06, beton sprężony o przekroju skrzynkowym (447m); wiadukt V14 beton sprężony o przekroju skrzynkowym (429m); wiadukt V17 beton sprężonym przekroju skrzynkowym (642m). Jak wynika z informacji o wyborze oferty Strabag jako najkorzystniejszej z 4 marca 2022 r., w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych, wykonawca otrzymał maksymalną liczbę punktów - 20 pkt.

Z kolei Strabag, wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o której mowa w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ, w przedłożonym na wezwanie zamawiającego podmiotowym środku dowodowym tj. wykazie osób, wskazał trzy te same wiadukty. Jak czytamy w poz. 3 wykazu osób Pan M. M. wskazany na stanowisko Kierownika Robót Mostowych posiada: „Doświadczenie przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Higway)” w ramach której

wykonano: Trzy wiadukty budowane metodą nasuwania podłużnego: wiadukt V06, beton sprężony o przekroju skrzynkowym (447m); wiadukt V14 beton sprężony o przekroju skrzynkowym (429m); wiadukt V17 beton sprężonym przekroju skrzynkowym (642m). Pełniona funkcja: Kierownik robót mostowych. Zakończone, zrealizowane zadanie dotyczy wykonania trzech obiektów mostowych o długościach 447m, 429m, 642m, każdy z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, mając na uwadze istotę sporu między stronami, skład orzekający dokonał analizy postanowień SWZ w zakresie, w jakim zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej (potencjał kadrowy), jak też kryteria oceny ofert, odnoszące się do Doświadczenia Kierownika Robót Mostowych.

Dostrzec należało, że zgodnie z treścią warunku sformułowanego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. b ppkt 3 SWZ, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (potencjał kadrowy), zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub też będzie dysponować w okresie przewidzianym na realizację zamówienia osobami legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone. Skierowana przez wykonawcę osoba pełniąca funkcję Kierownika Robót Mostowych miała posiadać uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej, a ponadto legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy przy realizacji zakończonych inwestycji z budową, rozbudową, odbudową lub przebudową, co najmniej dwóch obiektów mostowych o długości min. 300 m w tym min. jednego z betonu sprężonego o przekroju skrzynkowym.

W tym kontekście szczególnej uwagi wymaga sformułowanie „doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy”, które w ocenie Izby, nie może być interpretowane w inny sposób niż posiadanie doświadczenia nabytego przez daną osobę w związku ze sprawowaną przez nią funkcją kierownika robót lub funkcją kierownika budowy, które to funkcje, zgodnie z art. 12 Prawa Budowlanego, stanowią samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Izba podziela stanowisko odwołującego, że taka

interpretacja wynika już z literalnego brzmienia zapisów SWZ. Powyższa wykładnia jest także w pełni uzasadniona, gdyż odpowiada zakresowi zamówienia stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania. Naturalną konsekwencją poszczególnych elementów, składających się na przedmiot zamówienia jest treść warunków udziału w postępowaniu. Wskazuje na powyższe cel warunków, które winny pozostawać w ścisłej korelacji z realizacją zamówienia. Zamawiający ma bowiem obowiązek określić przedmiotowe warunki w taki sposób, aby ocenić zdolność danego wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego tak, aby zminimalizować ryzyko nienależytego jego wykonania. Jak bowiem wielokrotnie podkreślała Izba w swoim orzecznictwie, opisywane w treści warunku i wymagane od wykonawców ubiegających się o dane zamówienie minimalne poziomy zdolności, odnoszące się czy to do doświadczenia samego wykonawcy, czy też wymagań określonych w odniesieniu do osób, które będą brały udział w jego realizacji, należy odnosić do przedmiotu danego postępowania. Tylko w takim przypadku zamawiający może mieć pewność, że ograniczając dostęp do udzielanego zamówienia (a z taką sytuacją mamy w pewnym sensie do czynienia, gdy definiowane są bariery dostępu związane z określeniem warunków udziału w danym postępowaniu), nie narusza uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższe zdaje się dostrzegać również zamawiający, który w swoim piśmie procesowym z 28 marca 2022 r. - odpowiedzi na odwołanie zauważył, że jego obowiązkiem, jako Inwestora jest przygotowanie, zorganizowanie i wykonanie inwestycji przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach zawodowych. W tym przypadku oznacza to, że osoba, która zostanie skierowana do pełnienia funkcji Kierownika robót mostowych, powinna legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jaką jest kierownik robót mostowych. Jest to szczególnie istotne, gdyż wyłącznie doświadczenie nabyte na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót wiąże się z szeregiem obowiązków, nałożonych na te osoby, a wynikających w szczególności z przepisów art. 22 ustawy Prawo budowlane. Nie może być zatem uznane za wystarczające, iż dana osoba nabyła doświadczenie przy realizacji danej inwestycji, w związku z wykonywaniem jakichkolwiek czynności, nawet jeśli wiążą się one z faktycznym udziałem w realizacji danego zadania, ale muszą one pozostawać w związku z pełnieniem określonej funkcji technicznej w budownictwie, z którą przepisy prawa wiążą szereg określonych uprawnień i obowiązków. Znaczenie ma zatem chociażby, bagatelizowany przez przystępującego, obowiązek wynikający z art. 45 ust. 7 ustawy Prawo budowlane, dokonania (przed rozpoczęciem robót budowlanych) wymaganego wpisu w dzienniku budowy dotyczący osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.



W końcu także interpretacja powyższa jest zbieżna z tym, co zamawiający prezentował w toku postępowania, w szczególności odpowiadając na pytanie nr 90 (pismo z 30 listopada 2021 r.), dotyczące warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (Potencjał kadrowy - Kierownik robót mostowych opisanych w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b ppkt 3 SWZ). W treści pytania wykonawca, odwołując się do przepisów ustawy Prawo budowlane i samodzielnych funkcji technicznych, opisanych w tych przepisach wniósł o dokonanie zmiany treści warunku poprzez dopuszczenie przedstawienia przez wykonawcę osoby na to stanowisko, która posiada doświadczenie w sprawowaniu funkcji Inspektora Nadzoru Robót mostowych. W odpowiedzi zamawiający podtrzymał dotychczasowe brzmienie wymagań SWZ, potwierdzając z jednej strony, że prawidłowe jest odniesienie do przepisów ustawy Prawo budowlane i przesądając jednoznacznie, iż dla spełnienia przedmiotowego warunku konieczne jest dysponowanie osobą legitymującą się doświadczeniem w sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie - kierownikiem robót mostowych.

Analogiczne wymagania, odnoszące się do doświadczenia Kierownika robót mostowych, znalazły się także w opisie kryteriów oceny ofert. Podobnie bowiem, jak to wynikało z treści warunku, dla uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych, osoba skierowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych, winna legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie jaką jest kierownik robót mostowych. Świadczy o tym zarówno analogiczne, jak w treści warunków udziału w postępowaniu, sformułowanie, jak też dodatkowo okoliczność, że zgodnie z treścią Rozdziału XIX ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ, zamawiający wskazał, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się kryterium oceny ofert w postaci Doświadczenia Kierownika Robót Mostowych (D) o wadze kryterium 20 % - 20 pkt, za które to doświadczenie punkty przyznawane będą w przypadku wykazania przez wykonawcę posiadania większego doświadczenia zawodowego Kierownika Robót Mostowych, niż wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) Rozdziału VIII SWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że w opisie kryteriów oceny ofert, zamawiający wprost referuje do treści warunku przesądając, że punkty w kryterium uzyskać może tylko taki wykonawca, który wskaże na to stanowisko osobę legitymującą się doświadczeniem zawodowym ponad to, opisane w ramach warunków dopuszczających do udziału w tym postępowaniu.

Jak ustalił skład orzekający, na podstawie przekazanej dokumentacji, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej (Rozdział XX ust. 9 SWZ). Tym samym, w pierwszej kolejności, dokonał on oceny złożonych

w postępowaniu ofert, zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami ich oceny, a następnie wezwał wykonawcę, który uplasował się jako pierwszy w rankingu ofert, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ocena ofert, w kryterium pozacenowym w postaci doświadczenia Kierownika Robót Mostowych dokonywana była na podstawie załączonego do oferty Załącznika nr 11 – Kryterium oceny ofert „Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych”. Z treści tego załącznika, złożonego przez wykonawcę Strabag wynika, iż skierowany do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych Pan M. M., w ramach realizacji projektu pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway)”, zgodnie z treścią Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4) lit. b) ppkt 3) SWZ, nabył doświadczenie zawodowe w sprawowaniu funkcji kierownika robót przy budowie „trzech wiaduktów budowanych metodą nasuwania podłużnego: - wiadukt V06, beton sprężony o przekroju skrzynkowym (447m), - wiadukt V14 beton sprężony o przekroju skrzynkowym (429m) - wiadukt V17 beton sprężonym przekroju skrzynkowym (642m)”. W opisie posiadanego doświadczenia, jako tego które miało być nabyte przy sprawowaniu funkcji kierownika robót, Strabag wskazał: „Kierownik robót, zakres: wykonanie projektu alternatywnego wiaduktów łącznie z podporami w konwencji zaprojektuj wybuduj, nadzór nad pracami związanymi z metodą budowy i wytwarzaniem segmentów pomostu oraz montażem wyposażenia mostowego”. Wykonawca ten, wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, w odpowiedzi potwierdził, że Pan M. M. pełnił funkcję kierownika robót mostowych na obiektach: wiadukt V06, wiadukt V14 oraz wiadukt V17 przy realizacji inwestycji Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway). Oświadczenia powyższe stały się podstawą do przyznania wykonawcy Strabag 20 pkt w kryterium oceny ofert, co w konsekwencji spowodowało, że wykonawca ten znalazł się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

W ocenie Izby przyznanie takiej liczby punktów było nieuprawnione, gdyż wskazana przez Strabag osoba nie nabyła wymaganego doświadczenia zawodowego w sprawowaniu funkcji kierownika robót mostowych przy realizacji inwestycji pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway)”, w ramach której wykonano: trzy wiadukty o symbolach V06, V14, V17. Już z treści pisma, załączonego do odwołania a uzyskanego przez odwołującego w odpowiedzi na zapytanie z 1 marca 2022 r., skierowanego do Generalnego Wykonawcy (lidera konsorcjum) przywołanego zadania, tj. firmy ICA Ictas, z 8 marca 2022 r., wynika jednoznacznie, iż Pan M. M. nie pracował jako Kierownik Robót Mostowych na Zadaniu obejmującym budowę wiaduktów V06, V14 oraz V17. Okoliczność tę potwierdza bezsprzecznie kolejny dowód, przedłożony przez odwołującego na rozprawie, w postaci zapytania skierowanego do ICA Ictas z 16 marca 2022 r., jak też odpowiedzi na to

pismo z 24 marca 2022 r., w którym ICA Ictas, jako Generalny Wykonawca tego zadania potwierdził, że Pan M. M. nie pełnił w ramach wskazanego zadania funkcji Kierownika Robót Mostowych wiaduktów V06, V14 oraz V17. Generalny Wykonawca wskazał również daty rozpoczęcia i zakończenia prac budowlanych, dotyczących trzech ww. wiaduktów (od lipca 2014 r. do maja 2016 r.). Powyższe dowody wprost wskazują, że wymieniona osoba nie nabyła stosownego doświadczenia, uprawniającego wykonawcę do przyznania mu punktów w ramach kryteriów oceny ofert.

Wykonawca Strabag z kolei, mimo że zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, nie przedstawił żadnego dowodu z którego wynikałoby bezspornie, że Pan M. M., taką funkcję na zadaniu pełnił. Złożony na rozprawie dokument w postaci „Zaświadczenia o zatrudnieniu”, z treści którego wynikało jedynie, że Pan M. M. jest zatrudniony w firmie Freyssinet Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie od dnia 1 sierpnia 2006 r., natomiast w latach 2014 - 2016 pracował na stanowisku kierownika robót i w tym też czasie był oddelegowany do pracy przy realizacji projektu pn. „Budowa trzeciej obwodnicy Stambułu (Northern Marmaray Highway)”, w ramach której wykonano: trzy wiadukty o symbolach V06, V14, V17, nie przesądza bowiem, że osoba ta na wskazanym zadaniu pełniła funkcję Kierownika Robót Mostowych. Zdaje się to potwierdzać stanowisko przystępującego zaprezentowane podczas rozprawy, zgodnie z którym przystępujący dokonał analizy czynności wykonywanych przez pana M. M. w kontekście zadań Kierownika Robót Mostowych opisanych w ustawie Prawo Budowlane. Być może zatem, jak twierdził przystępujący, Pan M. M. faktycznie wykonywał na zadaniu niektóre czynności, przypisywane kierownikowi robót. Nie uprawnia to jeszcze jednak do tego, aby Strabag mógł powoływać się na jego doświadczenie zawodowe jako Kierownika Robót Mostowych. Jak już wcześniej zauważono, z treści wymagań sformułowanych przez zamawiającego wynikało, że wyłącznie osoby, formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą zostać uznane za uczestników tego procesu. Z uwagi na okoliczność, iż mowa jest o kryterium oceny ofert, co ma niebagatelne znaczenie dla przyznanej następnie punktacji, wykazywane doświadczenie powinno nie budzić wątpliwości i mieć potwierdzenie w stosownych dokumentach.

Powyższej oceny nie zmienia okoliczność, że wymienione przez Strabag zadanie realizowane było na terenie Turcji, gdzie niewątpliwie występują różnice w zakresie regulacji prawnych, odnoszących się do uprawnień, jak też potwierdzania kwalifikacji osób biorących udział w danym procesie budowlanym. Odwołujący i w tym zakresie wykazał się inicjatywą dowodową, przedkładając na rozprawie dowód w postaci: Rozporządzenia w sprawie oceny zezwoleń i wniosków o członkostwo tymczasowe, regulującego zasady wykonywania

zawodu zagranicznych architektów, inżynierów i urbanistów w Turcji. W art. 5 tego dokumentu stwierdzono, że warunkiem rozpoczęcia pracy przez cudzoziemca na terenie Turcji jest uprzednie wydanie pozwolenia na pracę. Wykonywana praca musi być zgodna z treścią wniosku o zezwolenie na pracę. Z kolei z treści art. 6 wynika, że jeśli zagraniczni inżynierowie, architekci i urbaniści praktykują na terenie Turcji, wykorzystując swój tytuł zawodowy, muszą zostać tymczasowym członkiem odpowiedniej Izby Zawodowej. Z kolei przedłożone przez odwołującego pismo, skierowane do Zrzeszenia Tureckich Giełd i Izby - Izby Inżynierów Budownictwa z 1 marca 2022 r. oraz odpowiedź na nie z 2 marca 2022 r. (wraz z załączonym zezwoleniem na pracę i pobyt) stanowi dowód na to, że Pan M. M. był wprawdzie zarejestrowany w Izbie Inżynierów Budownictwa Zrzeszenia Tureckich Giełd i Izby. Miało to jednak miejsce jedynie we wskazanym okresie 1 roku tj. od 22 marca 2014 r. do 22 marca 2015 r. Dodatkowo, jako miejsce wykonywania pracy wskazano w zezwoleniu msc. Kahta co, jak wynika z przedstawionego przez odwołującego wydruku z mapy google, nie pokrywa się z adresem inwestycji wskazanej przez Strabag w formularzu - Kryterium oceny ofert.

Nie sposób też podzielić oceny zamawiającego, wyrażonej w treści pisma procesowego z 28 marca 2022 r. - odpowiedzi na odwołanie, który stwierdził, że wystarczające dla przyznania punktów w kryterium oceny ofert jest samo oświadczenie wykonawcy, złożone w toku prowadzonego postępowania. Wobec wątpliwości w tym zakresie, formułowanych przez odwołującego, samo potwierdzenie przez Strabag, że osoba wskazana w wykazie faktycznie pełniła wymaganą funkcję przy realizacji wskazanych w wykazie obiektów (pismo Strabag z 11 stycznia 2022 r.) nie może być traktowane jako dowód. W tym miejscu Izba podkreśla także, że niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego prezentowane w piśmie procesowym i na rozprawie, że wyczerpał on wszystkie dostępne możliwości, celem wyjaśnienia powstałych wątpliwości. Zadaniem zamawiającego, jako gospodarza postępowania, jest bowiem wyłonienie wykonawcy, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, a ponadto w stopniu najwyższym będzie zdolny do realizacji zadania. Temu właśnie służą opisane w SWZ kryteria oceny ofert. Jeśli zatem na etapie dokonywanej oceny, podane przez wykonawcę dane, budzą wątpliwości w powyższym zakresie, zamawiający został wyposażony w możliwości badania treści złożonych ofert i to nie tylko poprzez możliwość zwracania się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień, ale też możliwość kierowania zapytania do innych podmiotów, celem weryfikacji prawdziwości złożonych oświadczeń. W niniejszej sprawie zamawiający z tej możliwości nie skorzystał, do czego był zobowiązany w świetle informacji przekazanych mu przez odwołującego.

Izba uznała, że analiza wszystkich powyższych dokumentów, złożonych przez odwołującego jako dowody w niniejszej sprawie prowadzi do wniosku, że zamawiający w sposób nieuprawniony przyznał odwołującemu punkty w kryterium oceny ofert. Z uwagi na to, że składany wraz z ofertą Załącznik nr 11 nie jest tym, który ma na celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie ma w powyższym przypadku zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem dokument ten nie podlega uzupełnieniu. Tym samym, Izba nakazała w sentencji, dokonanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert i przyznanie wykonawcy Strabag 0 pkt w tym kryterium.

Z uwagi na okoliczność, że ze względu na nakazaną zmianę przyznanej punktacji zmianie ulega również ranking ofert, za przedwczesne, Izba uznała żądanie odwołującego w zakresie, w jakim domagał się odrzucenia oferty Strabag z tego powodu, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ, tj. w zakresie dysponowania osobami (potencjałem kadrowym) legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone w ramach wykonania zamówienia (brak doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy). Wprawdzie wymagania odnośnie posiadania doświadczenia w sprawowaniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy w ramach kryterium oceny ofert - Doświadczenie Kierownika Robót Mostowych są tożsame do opisu warunków udziału w postępowaniu, to jednak w przeciwieństwie do tych pierwszych, możliwe byłoby skierowanie do Strabag wezwania o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 lit. b) ppkt 3) SWZ tj. w zakresie dysponowania osobami (potencjałem kadrowym) legitymującymi się kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem odpowiednim do objęcia funkcji, jakie zostaną im powierzone w ramach wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu, gdyż zarzut opisany w pkt 1 odwołania został sformułowany jako główny, zaś pozostałe zarzuty miały podlegać rozpoznaniu w przypadku, gdy zarzut ten nie zyska aprobaty, i w konsekwencji na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę Strabag.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....