

**WYROK**

**z dnia 27 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Emil Kuriata**

**Jan Kuzawiński**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **24 lipca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **16 lipca 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa węzła drogowego w ciągu autostrady A4 Kraków-Tarnów na odcinku węzeł Kraków Wieliczka-węzeł Targowisko i rozbudowa drogi wojewódzkiej DW 964* (nr postępowania D.KR.D-3.2411.1.2018)

prowadzonym przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**, działająca w imieniu i na rzecz zamawiających: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Województwo Małopolskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie, Gmina Niepołomnice**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Trakcja PRkil S.A. z siedzibą w Warszawie, „KAUNO TILTAI” AB z siedzibą w Kownie (Litwa) –** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziałowi w Krakowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności przy ustalaniu oferty najwyższej ocenionej przyznanie ofercie złożonej wspólnie przez Trakcję PRkil S.A. z siedzibą w Warszawie i „KAUNO TILTAI” AB z siedzibą w Kownie (Litwa) po 0 pkt w podkryteriach „Kierownika Budowy” i „Kierownika Robót Drogowych”.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg**

**Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie**, działającą w imieniu i na rzecz zamawiających: **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Województwa Małopolskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie i Gminy Niepołomnice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Eurovii Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Krakowie**, działającej w imieniu i na rzecz zamawiających: **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Województwa Małopolskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie i Gminy Niepołomnice** na rzecz **odwołującego Eurovii Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

## Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, działająca w imieniu i na rzecz zamawiających: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, Województwa Małopolskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie oraz Gminy Niepołomnice, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Budowa węzła drogowego w ciągu autostrady A4 Kraków-Tarnów na odcinku węzeł Kraków Wieliczka-węzeł Targowisko i rozbudowa drogi wojewódzkiej DW 964* (nr postępowania D.KR.D-3.2411.1.2018)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 kwietnia 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S\_067 pod poz. 148230

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 lipca 2018 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu Eurovii Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich {dalej również: „Eurovia”} zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Trakcję PRKiL S.A. z siedzibą w Warszawie, „KAUNO TILTAI” AB z siedzibą w Kownie na Litwie {dalej również: „Konsorcjum Trakcja”}.

16 lipca 2018 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania wezwania Konsorcjum Trakcja do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Trakcja w sytuacji, gdy podlega ono wykluczeniu.
2. Art. 91 ust. 1 – przyznanie ofercie złożonej przez Konsorcjum Trakcja zawyżonej liczby punktów.
3. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Trakcja do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego

zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem budowy i kierownikiem robót drogowych.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia oceny ofert i oceny spełniania przez Konsorcjum Trakcja warunków udziału w postępowaniu, w tym z wezwaniem Konsorcjum Trakcja do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania kierownikiem budowy i kierownikiem robót drogowych.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

W pkt 7.2.3 lit. b instrukcji dla wykonawców {dalej w uzasadnieniu: „instrukcja”, „IDW” lub „i.d.w.”} Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej odnośnie osób:

*Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby stanowiące Personel kluczowy, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:*

*1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy: wymagana liczba osób: 1.*

*Doświadczenie zawodowe:*

*Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej wartości zadań co najmniej 13 mln PLN netto, na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej.*

*2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych wymagana liczba osób: 1.*

*Doświadczenie zawodowe:*

*Doświadczenia przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę lub przebudowę dróg lub ulic*

*od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych lub Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej.*

*Jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisywanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji*

W pkt 9.7.1 lit. c IDW Zamawiający postanowił, że w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu na jego wezwanie wykonawca zobowiązany jest do złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Opisując sposób przygotowania ofert w pkt 14.5 IDW (po zmianie dokonanej 10 M. 2018 r.), Zamawiający przyjął, że *ofertę stanowi wypełniony Formularz (...) oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: (...) 2) Formularz 2.2. „Kryteria pozacenowe.* W kolejnym pkt 14.6 IDW Zamawiający postanowił, że: *Wraz z ofertą powinny być złożone: (...) 1a) Wykaz osób, o którym mowa w pkt 9.7.1) c) IDW, w zakresie niezbędnym do oceny oferty na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert.*

Do IDW Zamawiający załączył formularz 3.4 pn. „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” {dalej nazywany w skrócie: „wykazem osób”}, opatrzony następującą uwagą: *niniejszy „Formularz” Wykonawca jest zobowiązany złożyć jeżeli przedkłada Formularz 2.3. „Kryteria pozacenowe”, w zakresie Podkryterium „Personel Wykonawcy”.*

Wykonawcy w poszczególnych kolumnach tabeli zawartej w formularzu dla funkcji kierownika budowy (kierownika robót drogowych), oprócz imienia i nazwiska osoby kierowanej do realizacji zamówienia, mieli podać *informacje potwierdzające spełnianie wymagań* wskazane w opisie kolumn, w tym m.in. zatytułowanych: „Opis zadania”, „Pełniona funkcja” oraz „Okres pełnienia funkcji na danym stanowisku/stanowiskach przy realizacji wskazanych zadań”.

Zapowiadane we wcześniejszych pkt IDW kryteria oceny ofert Zamawiający ustanowił w pkt 19 IDW, wprowadzając dwa kryteria: cenę oraz kryteria pozacenowe o wagach odpowiednio 60% i 40% (pkt 19.1).

W pkt 19.1.2.1 IDW Zamawiający postanowił, że: *W ramach kryterium „Kryteria pozacenowe” punkty zostaną przyznane w skali punktowej od 0 do 40 punktów na podstawie Oferty Wykonawcy – Formularz „Kryteria pozacenowe ” (Formularz 2.2).*

Następnie w pkt 19.1.2.2 opisał podkryteria pozacenowe, w tym „Podkryterium organizacyjne” (pkt 19.1.2.2.2), w którego ramach wydzielił kolejne trzy podkryteria w tym podkryterium „personel Wykonawcy – maksymalna liczba punktów – 6” (pkt 19.1.2.2.2.a), które opisał następująco:

*W ramach podkryterium Wykonawca wskaże osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania wyższe niż opisane w IDW:*

*1.1) Kierownik Budowy – maksymalna liczba punktów – 3;*

*(...)*

*1.2) Kierownik Robót Drogowych – maksymalna liczba punktów – 3;*

*(...)*

Dla podkryterium „Kierownika Budowy” Zamawiający określił, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert, oraz liczbę punktów, które otrzyma Wykonawca:

*Doświadczenie przy realizacji zadania, obejmującego budowę lub przebudowę węzła drogowego WA lub WB, o wartości zadania co najmniej 13 mln PLN netto od rozpoczęcia do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy/Kierownika Robót Drogowych:*

- Za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 1 punkt.*
- Za 2 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania - Wykonawca otrzyma 3 punkty.*
- Za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma 0 punktów.*
- Za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.*

Niemal identycznie Zamawiający określił, co będzie brał pod uwagę przy ocenie ofert, oraz liczbę punktów, które otrzyma Wykonawca w podkryterium „Kierownika Robót Drogowych”, z tą różnicą, że w tym przypadku nie dopuścił stanowiska Kierownika Budowy.

Konsorcjum Trakcja wraz z ofertą złożyło wypełniony formularz 2.2 „Kryteria pozacenowe”, w którym w podkryterium „Kierownika Budowy” wskazało doświadczenie J. H., a w podkryterium „Kierownika Robót Drogowych” – doświadczenie Z. M., jednocześnie w obu podkryteriach dla obu tych osób wskazało po dwa te same zadania jako M.ące potwierdzać posiadane przez nich doświadczenie:

*Zadanie 1:*

- nazwa zadania: Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka - Węzeł Szarów w km*

436+000-455+900

- rodzaj zadania (budowa lub przebudowa) Budowa
- typ węzła drogowego (WA/WB): W A - węzeł „ Szarów ”
- wartość zadania netto PLN: 735 028 040,60 zł
- stanowisko/stanowiska /~~Kierownik-Budowy~~/Kierownika Robót Drogowych/
- od rozpoczęcia do wykonania zadania TAK/NIE\*, tj. od 12.04.2007 do 30.09.2009.

Zadanie 2:

- nazwa zadania: Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900-479+000
- rodzaj zadania (budowa lub przebudowa) Budowa
- typ węzła drogowego (WA/WB): WA – węzeł „Bochnia” i „Brzesko”
- wartość zadania netto PLN: 752 134 066,12 zł
- stanowisko/stanowiska /~~Kierownik-Budowy~~/Kierownika Robót Drogowych/
- od rozpoczęcia do wykonania zadania TAK/NIE\*, tj. od 28.01.2010 r. do 13.09.2013r.

Wraz z ofertą Konsorcjum Trakcja złożyło wypełniony formularz 3.4 „Wykaz osób”, w którym wskazało do pełnienia funkcji: kierownika budowy – p. H., kierownika robót drogowych – p. M.

W tabeli wykazu w kolumnie „Wymagania dla danej funkcji” przy funkcji kierownika budowy przepisano wymagania określone w pkt 7.2.3.b.1 IDW, z tą różnicą, że wyrazy „13 min PLN” zostały zastąpione wyrazami „11 min PLN”. Podobnie przy funkcji kierownika robót drogowych przepisano wymagania określone w pkt 7.2.3.b.2 IDW, z tą różnicą, że wyrazy „do wykonania zadania” zostały zastąpione wyrazami „do zakończenia funkcji”.

Ponadto dla każdej z ww. funkcji uzupełniono wymagania o doświadczenie obejmujące przebudowę węzła drogowego, czego Zamawiający nie wymagał.

W kolumnach wspólnie oznaczonych jako „Informacje potwierdzające spełnianie wymagań” dla każdej funkcji i wskazanego na nią odpowiednio p. H. oraz p. M. przepisano zadania z formularza 2.2 „Kryterium pozacenowe” w innej kolejności i w innym układzie graficznym, z uzupełnieniem o wyrazy „budowa drogi klasy A” oraz wskazaniem klasy drogi jako „A”.

7 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy pzp Konsorcjum Trakcja do złożenia wyjaśnień dotyczących pełnienia przez p. M. funkcji kierownika robót drogowych przy realizacji zadań wskazanych w formularzu 3.4 „Wykaz osób” oraz w formularzu 2.2 „Kryteria pozacenowe”. Zamawiający stwierdził, że był inwestorem dla tych zadań i z wiedzy *Zamawiającego jak i posiadanych dokumentów nie wynika, aby Pan Z. M. pełnił funkcje Kierownika Robót Drogowych na w/w zadaniach, m. in brak wpisów w dziennikach budowy.* Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Trakcja o

wyjaśnienie, na jakiej podstawie uznało, że p. M. na tych zadaniach *zdołał doświadczenie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Robót Drogowych*.

W piśmie z 18 czerwca 2018 r. Konsorcjum Trakcja wyjaśniło, że *przed złożeniem oferty p. Z. M. zapewnił nas, że posiada doświadczenie wskazane w ofercie*". Konsorcjum wskazało, że w związku z wezwaniem Zamawiającego zwróciło się do osób pełniących funkcje inspektorów nadzoru inwestorskiego na wskazanych w ofercie zadaniach ze stosownym zapytaniem i *potwierdzili oni pracę p. Z. M. na stanowisku kierownika robót branży drogowej na zadaniach*: [tu wskazano nazwy zadań]. Konsorcjum do swych wyjaśnień załączyło oświadczenia inspektorów nadzoru: M. S. oraz J. A., oświadczenie kierownika budowy I. D. i kierownika robót drogowych J. H., oświadczenie złożone wraz z CV przez p. M. oraz świadectwo pracy p. M. *potwierdzające zatrudnienie na stanowisku kierownika budowy w firmie Wykonawcy obu wymienionych odcinków A4*.

W załączonych do wyjaśnień oświadczeniach, panowie M. S., J. A. i J. H. oświadczają, że *na realizowanym dla GDDKiA w terminie* [tu wskazano okresy zgodne z okresami wskazanymi w załączniku 2.2 i 3.4] *zadaniu inwestycyjnym pn.:* [tu wskazano nazwę zadania] *pan Z. M. pracował na stanowisku kierownika robót drogowych*". Pan I. D. w złożonym oświadczeniu dodatkowo wskazał, że zadanie było realizowane przez Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. i Doprastav A.S. Pan Z. M. w swym oświadczeniu oświadcza: *na realizowanych dla GDDKiA zadaniach inwestycyjnych* [tu wskazano nazwy zadań oraz okresy zgodne z okresami wskazanymi w załączniku 2.2 i 3.4] *pracowałem na stanowisku kierownika robót drogowych*.

W swym CV p. M. wskazując przebieg pracy zawodowej podaje nazwy pracodawców oraz stanowiska, w tym: *04.2007 -12.2013 Polimex-Mostostal S.A. Warszawa Stanowisko: Kierownik Budowy*". W tabeli w CV p. M. podaje ważniejsze realizacje, wskazując inwestora, obiekt i opis zadania, a także czas trwania, stanowisko i firmę, w szczególności:

- w okresie 28.01.2010 do 13.09.2013 r. stanowisko: *kierownik Robót drogowych Realizacja od początku kontraktu do jego zakończenia* w firmie Polimex-Mostostal S.A. Warszawa, inwestor, obiekt: *Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa Oddział w Krakowie Budowa autostrady A4 odcinek Kraków-Tarnów od węzła Starów do węzła Brzesko Km 455+900 do Km 479+000*",

- w okresie 12.04.2007 do 30.09.2009 r. stanowisko: *kierownik Robót drogowych Realizacja od początku kontraktu do jego zakończenia* w firmie Polimex-Mostostal S.A. Warszawa, inwestor, obiekt: *Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Warszawa Oddział w Krakowie Budowa autostrady A4 odcinek Kraków-Tarnów od węzła Wielicka do węzła Starów Km 436+000 do Km 455+900*,

W załączonym świadectwie pracy stwierdza się, że p. M. był zatrudniony w Polimex-



Mostostal S.A. Warszawa w okresie od 01.04.2007 r. do 31.12.2013 r. i *W okresie zatrudnienia pracownik wykonywał pracę Kierownik budowy.*

W piśmie z dnia 18 czerwca 2018 r. Konsorcjum Trakcja zwraca uwagę, że *instrukcja Dla Wykonawców (IDW) nie definiowała funkcji kierownika robót drogowych jako dokumentowanej wpisami do dziennika budowy*, wyjaśniając, że *na budowach o których mowa wyżej, stosownych wpisów do dziennika budowy dokonywali prawdopodobnie kierownicy budowy*, który to sposób prowadzenia dziennika, jak stwierdza konsorcjum, jest dopuszczalny i zgodny z Prawem budowlanym.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ p. M. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych na żadnym z ww. zadań, a p. H. pełnił funkcję kierownika robót drogowych tylko na jednym z tych zadań, jednak w zakresie ograniczonym do robót nawierzchniowych, co nie pozwala na uznanie, że nabył doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych:

- po pierwsze – oferta Konsorcjum Trakcja w ramach podkryteriów „Kierownika Budowy” i „Kierownika Robót Drogowych” powinna uzyskać 0 (a nie 6) punktów;
- po drugie – Konsorcjum Trakcja nie wykazało spełniania określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, a zatem powinno być wezwane do złożenia dokumentów odnośnie wykazania, że dysponuje kierownikiem budowy i kierownikiem robót drogowych.

Zdaniem Odwołującego chociaż przy określeniu warunku udziału w postępowaniu Zamawiający posłużył się sformułowaniem „doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Drogowych”, nie ulega wątpliwości, że chodzi o doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót drogowych, w szczególności w kontekście innych zwrotów użytych przy określeniu warunku i wymaganych dokumentów (wykazu osób): „osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych”, „zakończenie funkcji”, „zakończenie wszystkich zadań przypisanych do funkcji”, „zadań realizowanych w ramach danej funkcji”, „pełniona funkcja”, czy „okres pełnienia funkcji”.

Odwołujący zauważył, że kierowanie robotami budowlanymi jest działalnością, o której mowa w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1332 ze zm.) {dalej w uzasadnieniu: „Prawo budowlane”}, a kierownik robót jest uczestnikiem procesu budowlanego (art. 17 pkt 4), na którym spoczywają obowiązki i który ma uprawnienia określone w art. 22 i 23 w zw. z art. 24 ust. 2. Prawo budowlane posługuje się terminem „stanowisko”, ale nigdy w odniesieniu do kierownika robót (czy kierownika budowy).

Odwołujący zwrócił uwagę, że pełnienie funkcji kierownika związane jest z wpisem

do dziennika budowy osób sprawujących kierownictwo robót budowlanych, o czym przesądza art 45 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego [*Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót.* (ust. 1) *Przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.* (ust.2)];

- § 6 ust. 2 i 4 wydanego na mocy delegacji ustawowej [art. 45 ust. 4 Prawa budowlanego] rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. z 2018 r. poz. 963) [*Na pierwszej stronie dziennika budowy inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę (firmę) wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy j robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków.* (ust. 2) *Jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku budowy dokonuje się wpisu określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i przejmującej obowiązki.* (ust. 4)].

Według Odwołującego bardzo istotne znaczenie ma użyty w § 6 ust. 2 spójnik „i” (a nie „lub”), który wskazuje na obowiązek wpisu do dziennika budowy kierowników robót, o ile oczywiście zostali ustanowieni, a nie tylko kierownika budowy, w szczególności w kontekście art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego [*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.*].

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że osoby pełniące funkcje kierowników robót muszą być zgłoszone do organu nadzoru budowlanego, co wprost wynika z art. 41 ust. 4 pkt 1 (w zw. z cytowanym wyżej art. 42 ust. 4) Prawa budowlanego [*Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę (...) organ nadzoru budowlanego (...), dołączając na piśmie oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające (...) przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi) (...).*].

Odwołujący zwrócił uwagę, że brak wpisów dokonywanych przez p. M. w dziennikach

budowy, o czym wspomniał Zamawiający w piśmie z 7 czerwca 2018 r., oznacza przede wszystkim brak wskazania tej osoby na pierwszej stronie dziennika budowy jako kierownika robót drogowych, potwierdzonego datą i jej podpisem, zgodnie z przywołanym powyżej § 6 ust. 2 rozporządzenia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie powinien uznać wyjaśnień Konsorcjum Trakcja z 18 czerwca 2018 r. za wystarczające, gdyż opierają się na zapewnieniu przez p. M. o posiadaniu stosownego doświadczenia oraz załączonych oświadczeniach, CV i świadectwie pracy, a nie na dowodach. Odwołujący zwrócił uwagę, że we wszystkich tych oświadczeniach mowa jest o zajmowaniu stanowiska – kierownika robót budowlanych u pracodawców lub kierownika robót w zadaniach, co nie ma nic wspólnego z pełnieniem funkcji kierownika robót wymaganym w ramach warunków udziału i kryterium oceny ofert obowiązujących w tym postępowaniu. Stąd Odwołujący nie neguje prawdziwości złożonych wraz z wyjaśnieniami oświadczeń osób je składających, w tym p. M., jednak nie odnoszą się one do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych.

Odwołujący zrelacjonował ponadto, że pismem z 2 lutego 2018 r. zwrócił się do GDDKiA Oddział Kraków (czyli Zamawiającego) w trybie dostępu do informacji publicznej z wnioskiem o udzielenie informacji:

- *Czy Pan J. H. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na zadaniu: „Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka-Węzeł Szarów w km 436+000-455+90. Jeżeli tak, wnosimy o podanie okresu czasu, w jakim pełnił tę funkcję. Jeżeli nie, to prosimy o podanie funkcji jaką pełnił Pan J. H. na tym zadaniu (pyt. nr 1);*
- *Czy Pan J. H. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na zadaniu: „Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900-479+000”. Jeżeli tak, wnosimy o podanie okresu czasu, w jakim pełnił tę funkcję. Jeżeli nie, to prosimy o podanie funkcji jaką pełnił Pan J. H. na tym zadaniu (pyt nr 3).*

Pismem z 14 lutego 2018 r. Zamawiający udzielił informacji, że:

- ad 1 – *Pan J. H. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych (roboty nawierzchniowe) na zadaniu „Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka-Węzeł Szarów w km 436+00-455+90” w okresie od 17.07.2007 (zgłoszony do WINB) do 10.2009” (odp. na pyt. 1);*
- ad 3 – *Pan J. H. pełnił funkcję Kierownika robót drogowych na zadaniu „Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900-479+000. W okresie realizacji w/w zadania Wykonawca nie miał obowiązku zgłaszania w/w personelu, wobec czego nie jest możliwe udzielenie informacji o okresie pełnionej funkcji przez Pana J. H. (odp. na pyt. 3).*

Odwołujący podniósł, że inwestor potwierdził co prawda pełnienie funkcji kierownika robót drogowych przez p. H. w pierwszym z zadań, o które był pytany, ale w innym okresie niż wskazało Konsorcjum Trakcja (od 17.07.2007 r., a nie od 12.04.2007 r.), a ponadto jedynie w zakresie robót nawierzchniowych, a więc nie w pełnym zakresie robót drogowych.

Z drugiej strony choć inwestor stwierdził, że p. H. pełnił funkcję kierownika robót drogowych w drugim z zadań, jednak nie wiadomo na jakiej podstawie, skoro przyznał, że nie dysponuje w tym zakresie dokumentacją, co budzi poważne wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego wątpliwości te ulegają rozwianiu w związku z innym dowodem, który uzyskał.

Odwołujący zrelacjonował, że pismem z 15 lutego 2018 r. wystąpił w trybie dostępu do informacji publicznej do Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Krakowie z wnioskiem o udzielenie informacji *kto i w jakim okresie pełnił funkcje Kierownika Budowy i Kierownika Robót Drogowych na nw. zadaniach: „Budowa autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka-Węzeł Szarów w km 436+000 - 455+900”, „Budowa autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900-479+000”, z dodatkową prośbą o przesłanie kopii Pozwolenia na Budowę dla wskazanych inwestycji.*

W odpowiedzi Małopolski Wojewódzki Inspektor Nadzoru Budowlanego w Krakowie w piśmie z 13 kwietnia 2018 r. udzielił odpowiedzi, z której wynikają, po ich uporządkowaniu, następujące informacje.

Odnośnie budowy autostrady A4 odcinek Węzeł Wielicka-Węzeł Szarów w km 436+000- 455+900.

Odcinek ten został podzielony na 3 odcinki (sekcje): sekcja I od km 436+000 do km 438+703, sekcja II od km 438+703 do km 447+640 i sekcja III od km od 447+640 do km 455+900.

Funkcję kierownika budowy na całym odcinku pełnił p. W. Z. (oświadczenie z 10 kwietnia 2007 r. o przejęciu obowiązków kierownika budowy) i pełnił on tę funkcję do zakończenia robót budowlanych (oświadczenie z 7 października 2011 r. o zakończeniu pozostałych robót budowlanych)

Funkcje kierowników robót drogowych pełnili:

- w sekcji I: p. I. D. (oświadczenie z 7 M. 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – sekcja I),
- w sekcji II i III: p. W. M. (oświadczenie z 23 kwietnia 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – sekcja II i III) oraz w późniejszym okresie p. P. D. (oświadczenie z 25 lutego 2008 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – sekcja II i III) i p. A. S. (oświadczenie z 28 kwietnia 2008 r. o podjęciu obowiązków kierownika

robót drogowych – sekcja II), a także p. I. D. (oświadczenie z 10 września 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – ul. Bogucicka, ul. Kokotowska oraz droga gminna Zakrzów-Rudzice) i p. M. K. (oświadczenie z 10 września 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – droga gminna Podłęże-Zakrzowie, droga powiatowa K2009 w km 447+578,95 i 453+540,32, droga gminna nr 390, droga krajowa nr 75 i objazd tymczasowy).

Ponadto funkcje kierowników robót drogowych w ograniczonym zakresie pełnili:

- w zakresie robót ziemnych p. S. C. (oświadczenie z 14 czerwca 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – roboty ziemne sekcja II) i p. J. M. (oświadczenie z 2 lipca 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – roboty ziemne sekcja III),
- w zakresie robót wykończeniowych p. M. B. (oświadczenie z 1 sierpnia 2009 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – roboty wykończeniowe),
- w zakresie robót nawierzchniowych p. J. H. (oświadczenie z 9 lipca 2007 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych – roboty nawierzchniowe).

Odnosnie budowy autostrady A4 na odcinku od węzła Szarów do węzła Brzesko w km 455+900-479+000.

Odcinek ten został podzielony na 6 odcinków (sekcji):

- sekcja od km 455+900 do km 458+741,87
- sekcja od km 458+741,87 do km 462+000
- sekcja od km 462+000 do km 467+518
- sekcja od km 467+518 do km 470+082,9
- sekcja od km 470+082,9 do km 476+385
- sekcja od km 476+385 do km 479+000

Funkcję kierownika budowy na całym odcinku pełnił p. I. D. (oświadczenie z 18 stycznia 2010 r. o przejęciu obowiązków kierownika budowy) i pełnił on tę funkcję do zakończenia robót budowlanych (oświadczenie z 20 grudnia 2013 r. o zakończeniu pozostałych robót budowlanych).

Funkcje kierowników robót drogowych pełnili:

- w sekcji od km 455+900 do km 458+741,87: p. M. B. (oświadczenie z 20 stycznia 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 455+900 do km 458+741,87),
- w sekcji od km 458+741,87 do km 462+000: p. W. W. (oświadczenie z 18 marca 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 458+741,87 do km 462+000),
- w sekcji od km 462+000 do km 467+518: p. G. B. (oświadczenie z 1 lutego 2010 r. o

podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 462+000 do km 467+518),  
- w sekcji od km 467+518 do km 470+082,9: p. K. D. (oświadczenie z 1 lutego 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 467+518 do km 470+082,9),  
- w sekcji od km 470+082,9 do km 476+385: p. D. B. (oświadczenie z 18 marca 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 470+082,9 do km 476+385),  
- w sekcji od km 476+385 do km 479+000: p. D. B. (oświadczenie z 1 marca 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 476+385 do km 479+000),

A w późniejszym okresie, po dodatkowym podziale odcinków na sekcje:

- p. J. C. (oświadczenie z 22 czerwca 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 470+082,9 do km 476+385),  
- p. P. H. (oświadczenie z 11 sierpnia 2010 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 455+900 do km 458+741 i oświadczenie z 8 września 2011 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 455+900 do km 462+000),  
- p. T. K. (oświadczenie z 11 kwietnia 2011 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 472+695 do km 476+385),  
- p. G. B. (oświadczenie z 8 września 2011 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 462+000 do km 470+082,90),  
- p. J. J. (oświadczenie z 4 października 2011 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 459+000 do km 460+500 i oświadczenie z 9 stycznia 2012 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 455+900 do km 470+082,90),  
- p. W. J. (oświadczenie z 13 stycznia 2012 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 467+518 do km 470+082,90),  
- p. J. K. (oświadczenie z 22 stycznia 2013 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 467+518 do km 470+083 i oświadczenie z 11 marca 2013 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 462+000 do km 467+518),  
- p. T. K. (oświadczenie z 11 marca 2013 r. o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych sekcji od km 470+082,9 do km 479+000).

Zdaniem Odwołującego powyższe pismo potwierdza, że ani pan H., ani pan M. nie pełnili przy realizacji tych zadań funkcji kierownika robót drogowych, a jedynie pierwsza z tych osób przy pierwszym z zadań pełniła funkcję kierownika robót w zakresie ograniczającym się do robót nawierzchniowych.

Zamawiający poinformował Izbę, że 17 lipca 2018 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

19 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Konsorcjum Trakcja przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, do którego zarzutów odniósł się w piśmie z 23 lipca 2018 r.

W złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 17 M. 2018 r.) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Według Zamawiającego zarzuty odwołania wynikają z błędnej interpretacji przepisów Prawa budowlanego, z których nie wynika, że jedynym i niepodważalnym dowodem na okoliczność pełnienia przez osobę samodzielnej funkcji technicznej, jaką jest kierownik robót, są wpisy w dzienniku budowy oraz zgłoszenie tych osób do organów nadzoru budowlanego.

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

W szczególności art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego stanowi, że przy prowadzeniu robót budowlanych, do których kierowania jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. Zamawiający podkreślił, że w rozważanych przypadkach kierownik budowy legitymował się uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, co oznacza, że powołanie czy zgłoszenie kierowników robót drogowych nie było konieczne.

Art. 45 Prawa budowlanego stanowi, że przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisów osób, którym zostało powierzone sprawowanie funkcji kierowniczych, nadzorczych i kontrolnych robót budowlanych, które będą wykonywane. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków. Prowadzenie dziennika budowy w świetle ustawy Prawo budowlane jest obowiązkiem kierownika budowy (art. 22 i 42 ust. 2). Dziennik budowy jest przeznaczony do

rejestracji, w formie wpisów, przebiegu robót budowlanych oraz wszystkich zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku ich wykonywania i mających znaczenie przy ocenie technicznej prawidłowości wykonywania budowy, rozbiórki lub montażu.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający stwierdził, że przepisy Prawa budowlanego nie nakazują ustanawiania przy realizacji każdej z budowli zarówno kierownika budowy, jak i kierowników robót w poszczególnych branżach.

Zdaniem Zamawiającego art. 41 ust. 4 pkt 1 Prawa budowlanego powinność zgłoszenia do organu nadzoru budowlanego odnosi bądź to do kierownika budowy, bądź do kierownika robót, z tym zastrzeżeniem, że na tym ostatnim powinność taka spoczywa wyłącznie w sytuacji kiedy kierownik budowy nie został ustanowiony. Innymi słowy w sytuacji kiedy na budowie występują zarówno kierownik budowy, jak kierownicy robót drogowych, ten pierwszy jest obowiązany poinformować właściwy organ o objęciu swojej funkcji i realizacja tego obowiązku wyłącza konieczność takiego informowania ze strony kierowników poszczególnych robót. Poza brzmieniem przepisu za taką interpretacją przemawiają również względy celowościowe związane z usprawnieniem procesu inwestycyjnego – kierownik odpowiada za pracę kierowników robót branżowych, stąd objęcie przez niego funkcji podlega zgłoszeniu właściwemu organowi.

Zamawiający wywiódł, że brak zgłoszenia danej osoby do WINB, a także brak ujęcia tej osoby w dzienniku budowy nie oznacza, że nie wykonywała ona wymaganej przez Zamawiającego funkcji technicznej.

Dla Zamawiającego nie jest nowością taka sytuacja, gdzie funkcje techniczne są wykonywane przez osoby formalnie niezgłoszone. Skierowanie do realizacji robót większej grupy kierowników robót, aniżeli wymagana zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, w większym stopniu gwarantuje wykonanie zadania w sposób należyty. Zdaniem Zamawiającego taka sytuacja miała miejsce w przypadku wykazanych przez Przystępującego zadań.

Zamawiający podkreślił nie wymagał w treści specyfikacji wykazania się doświadczeniem potwierdzonym wpisami do dziennika budowy, a dokonywanie takiej interpretacji zawężającej na tym etapie jest niedopuszczalne.

W opinii Zamawiającego rozróżnienie pomiędzy terminami „stanowisko” a „funkcja” czynione w odwołaniu nie ma merytorycznego znaczenia dla tej sprawy, gdyż zarówno osoba formalnie zgłoszona na stanowisko kierownika robót drogowych (zgłoszenie do WINB i wpis do dziennika budowy), a zatem osoba, którą Odwołujący utożsamia z osobą pełniącą funkcję wymaganą przez Zamawiającego, wykonuje takie same czynności jak osoba pracująca na danym stanowisku lecz bez takiego formalnego zgłoszenia i wpisu do dziennika budowy.



Zamawiający oświadczył, że ponieważ pracownicy Wydziału Realizacji krakowskiego oddziału GDDKiA, w oparciu o posiadaną dokumentację, potwierdzili, że J. H. brał udział w realizacji inwestycji pn. budowa autostrady A4 na odcinkach od węzła Szarów do węzła Brzesko oraz Węzeł Wielicka- węzeł „Szarów” jako kierownika robót drogowych, nie poddano w wątpliwość oświadczeń złożonych w tym zakresie.

Natomiast udzielona Odwołującemu informacja publiczna dotycząca tej osoby nie podważa zgłoszonego dla tej osoby doświadczenia związanego z tą inwestycją, gdyż ograniczała się do potwierdzenia informacji zadanych w pytaniu, a Zamawiający nie podejmował dodatkowych czynności mających na celu precyzyjne ustalenie okresu pełnienia tej funkcji.

Z kolei wyjaśnienia udzielone przez Konsorcjum Trakcja odnośnie Z. M. w piśmie z 18 czerwca 2018 r., do których załączono oświadczenia kierownika budowy oraz inspektorów nadzoru w zadaniach opisanych w wykazach potwierdzające, że osoba ta pracowała na stanowisku kierownika robót drogowych, wobec braku przeciwstawnych dowodów zostały uznane za wiarygodne i wystraszające

Ponadto Zamawiający zwrócił uwagę, że według stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w wyroku z 18 lutego 2015 r. (sygn. akt I CSK 107/14) dziennik budowy pozbawiony jest cech dokumentu urzędowego, nie tylko w rozumieniu art. 244 Kpc czy art. 76 § 1 Kpa, ale także jako posiadającego moc takiego dokumentu. W konsekwencji wpisy do dziennika budowy stanowią dokument prywatny, który w myśl art. 245 Kpc stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Korzysta zatem tylko z domniemania autentyczności, czyli domniemania, że wpisy w nim dokonane pochodzą od określonych podmiotów.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (w tym Przystępującego), uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę**

**oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zarówno zaniechanie wykluczenie Konsorcjum Trakcja, jak i zawyżenie punktacji jego oferty, które są objęte zarzutami odwołania, uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Przy czym według art. 22 ust. 1a pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Art. 22 ust. 1b lit 3 pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 22d ust. 1 pzp oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Z art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, które wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże z art. 26 ust. 3 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył m.in.

oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo podjęcia tych czynności oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 91 ust. 1 pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z art. 91 ust. 2 pkt 5 pzp wynika, że w szczególności kryterium oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia jest organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Wreszcie zgodnie z art. 91 ust. 2d zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców.

Określanie warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny ofert służy wyborowi wykonawcy zamówienia, z tym, że o ile te pierwsze służą wyłonieniu wykonawcy co najmniej zdolnego do należytego wykonania zamówienia, o tyle te drugie mają gwarantować wybór najlepszego spośród takich wykonawców, czyli takiego, który najlepiej zrealizuje przedmiot zamówienia. Stąd z przywołanych powyżej przepisów wynika również, że zarówno warunki odcinające, jak i punktowane kryteria są związane z przedmiotem zamówienia.

Przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane obejmujące przede wszystkim swoim zakresem infrastrukturę drogową, a choć nie było to konieczne, Zamawiający zaznaczył, że ich realizacja podlega prawu polskiemu, w tym Prawu budowlanemu {vide ostatni akapit pkt 5 instrukcji dla wykonawców dotyczącego przedmiotu zamówienia}.

Rozpoznawana sprawa dotyczy warunków udziału i kryteriów oceny ofert zmierzających do wyłonienia wykonawcy, który zapewni, że w wykonywaniu tych robót budowlanych będą uczestniczyć, w tym przypadku jako kierownik budowy czy kierownik robót drogowych, osoby, które legitymują się odpowiednimi do wykonywania takich funkcji kwalifikacjami zawodowymi, doświadczeniem i wykształceniem {vide klauzula zamieszczona tuż pod lit. b) na str. 7 instrukcji dla wykonawców}. Zamawiający nie wskazywał odrębnie, jakich konkretnie kwalifikacji i wykształcenia wymaga od tych osób, gdyż wynika to z przepisów rozdziału 2 Prawa budowlanego (w tym aktów wykonawczych wydanych na podstawie delegacji wynikającej z tych przepisów) dotyczących samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Stąd wymagane przez Zamawiającego w ramach warunków

udziału i kryteriów, a sprecyzowane co do zakresu rzeczowego robót budowlanych i długości trwania, doświadczenie również dotyczy pełnienia funkcji kierownika budowy lub kierownika robót drogowych, czyli pełnienia przy robotach budowlanych o określonych parametrach przez wymagany okres samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Pomimo niezbyt starannej redakcji postanowień dotyczących spornych warunków udziału i kryteriów, zdaniem Izby z uwagi na powyższe uwarunkowania nie ma wątpliwości, że w opisie warunków i kryteriów dotyczących kierownika budowy i kierownika robót drogowych terminy „stanowisko” i „funkcja” są używane jako synonimy. O czym świadczy na przykład opis warunku dotyczącego kierownika robót drogowych, gdzie zastrzeżono, że przez doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót drogowych przy realizacji zadania jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisywanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji.

Zgodnie z art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji.

Stąd zdaniem składu orzekającego Izby przyjęcie odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest jej immanentnym elementem. Jeżeli dana osoba nie zgodziła się przez złożenie podpisu w dzienniku budowy na przyjęcie od określonego dnia obowiązków powierzanych kierownikowi robót, nie może skutecznie twierdzić, że przy wykonywaniu tych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane kierownikowi robót, nie ponosiła za to odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Taki quasi-kierownik robót nie jest jednym z uczestników procesu budowlanego, o których mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. Pełnienie funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, która może prawidłowo przebiegać wyłącznie pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną funkcją.

Niesporne było, że dwie osoby wskazane przez Konsorcjum Trakcja, zarówno w ramach potwierdzenia spełniania warunku, jak i dla uzyskania dodatkowej punktacji, na stanowiska kierownika budowy i kierownika robót drogowych nie przyjęły formalnie funkcji kierownika robót drogowych w zadaniach wskazanych w wykazach dotyczących warunku

i kryteriów. Z tym zastrzeżeniem, że osoba zgłoszona na kierownika budowy pełniła funkcję kierownika robót drogowych w zakresie robót nawierzchniowych w jednym z tych zadań, co prawda według danych nadzoru od 9 lipca 2007 r. (a nie od 12 kwietnia 2017 r.), ale z uwagi na datę końcową wskazaną w wykazie – 30 września 2009 r., która nie została podważona w odwołaniu, spełnia to wymagania warunku udziału. Jednakże nie można uznać, że warunek udziału został spełniony z racji na zakres pełnionej funkcji ograniczający się tylko robót nawierzchniowych (tym samym za zadanie to nie przysługuje również 1 pkt w ramach kryterium), podczas gdy według opisu warunku i kryterium wymagane było pełnienie funkcji kierownika robót drogowych, a więc bez ograniczeń.

Izba zważyła, że istotnie z art. 41 ust. 4 pkt 1 Prawa budowlanego wynika, że co do zasady obowiązek doręczenia nadzorowi budowlanemu oświadczenia kierownika robót o przyjęciu obowiązku kierowania robotami ma subsydiarny charakter w stosunku do obowiązku ciążącego na kierowniku budowy.

Jednakże, jak w wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego {pismo Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Krakowie z 13 kwietnia 2018 r. załączone do odwołania}, w przypadku obu zadań wskazywanych w wykazach Konsorcjum Trakcja organom nadzoru budowlanego faktycznie byli zgłaszani kierownicy robót drogowych na poszczególnych sekcjach i wśród nich na jednym z tych zadań pojawia się osoba zgłoszona na kierownika robót jako kierownik robót drogowych w zakresie ograniczonym do robót nawierzchniowych. Wbrew odmiennym twierdzeniom Zamawiającego oznacza to, że przy realizacji tych robót budowlanych ustanawiano kierowników robót, którzy odpowiadali za prawidłową realizację poszczególnych odcinków lub sekcji autostrady.

Z uwagi na powyższe informacje formalnie udzielone przez właściwy organ nadzoru budowlanego tym bardziej nie ma podstaw, aby uznać, że osoby wskazane przez Konsorcjum Trakcja pełniły przy tych zadaniach samodzielne funkcje techniczne kierowników robót drogowych.

Wynik postępowania dowodowego w tej sprawie jest taki, że Odwołujący przedstawił dowód potwierdzający brak pełnienia przez osoby wskazane przez Konsorcjum Trakcja do pełnienia funkcji kierownika budowy i kierownika robót drogowych takich funkcji przy robotach budowlanych, które zostały opisane w wykazach złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału i uzyskania dodatkowej punktacji.

W takiej sytuacji strona przeciwna sporu, czyli Zamawiający i Przystępujący, zobowiązani byli na zasadzie art. 190 ust. 1 pzp przedstawić dowody na odparcie popartych dowodami twierdzeń strony przeciwnej, czego nie uczynili skutecznie do zamknięcia rozprawy.

Zamawiający ograniczył się do wskazywania w odpowiedzi na odwołanie, że

doświadczenie jednej ze zgłoszonych zweryfikował w oparciu o posiadaną przez siebie dokumentację, której jednak w toku rozprawy nie przedstawił. Podobnie jak dokumentów z posiadanego archiwum.

Z kolei w odniesieniu do drugiej z osób, co do której sam miał wątpliwości, po wniesieniu odwołania, do którego został załączony wspomniany dowód, straciła aktualność ocena Zamawiającego, że nie pojawiły się dowody przeciwstawne do wyjaśnień i oświadczeń, które otrzymał od Konsorcjum Trakcja 18 czerwca 2018 r.

Podobnie Przystępujący co prawda po wniesieniu odwołania przedstawił dodatkowe oświadczenia od tych samych dwóch osób, które pełniły funkcje inspektorów nadzoru oraz kierownika budowy w jednym z wykazywanych zadań (nie licząc oświadczeń własnych wykazywanych osób i potwierdzeń przez jedną statusu drugiej), jednak wszystkie te dokumenty opierają się na tym samym wzorze, który dotyczy potwierdzania, że *pan (...)* *pracował na stanowisku kierownika robót drogowych*, co nie odnosi się do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej kierownika robót drogowych.

Bagatelizując znaczenie dystynkcji pomiędzy zatrudnieniem na określonym stanowisku a pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej przy realizacji konkretnego zadania, Przystępujący zatrzymał się na etapie wykazywania tej drugiej okoliczności.

Ponieważ postępowanie prowadzone jest w tzw. odwróconej procedurze Izba odstąpiła od nakazywania Zamawiającemu wzywania Konsorcjum Trakcja w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów odnośnie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania kierownikiem budowy i kierownikiem robót drogowych, gdyż niesporne było, że bez punktacji w kryteriach dotyczących tych stanowisk, co nie podlega uzupełnieniu, oferta ta traci status najwyższej ocenionej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....