

Sygn. akt: KIO 1941/20

WYROK

z dnia 8 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 września 2020 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **13 sierpnia 2020 r.** przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa; 2) Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8; adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Obszar Kolejowy, Aleja Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostką prowadzącą postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **INTOP WARSZAWA Sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa; 2) Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8; adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Obszar Kolejowy, Aleja Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa; 2) Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8; adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Obszar Kolejowy, Aleja Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Konsorcjum Firm: 1) SKANSKA S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa; 2) Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8; adres do korespondencji: SKANSKA S.A., Obszar Kolejowy, Aleja Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, jednostką prowadzącą postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław** kwotę **625 zł 75 gr** (słownie: sześćset dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „*Realizacja robót budowlanych w formule „Buduj” w ramach projektu „Prace na linii kolejowej E30 na odcinku Kędzierzyn Koźle – Opole Zachodnie” linia kolejowa 132 Bytom – Wrocław Główny na odcinku Opole Groszowice – Opole Zachodnie w zakresie linii 132 od km 97,210 do km 101,100 przewidzianego do realizacji w ramach programu CEF (Connecting Europe Facility 2014 – 2020)*”, nr postępowania 9090/IREZA4/X/00931/19/P; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.12.2019 r. pod nr 2019/S 249-619561 przez: PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Jednostką prowadzącą Postępowanie jest PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław zwane dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 03.08.2020 r. (platforma zakupowa Zamawiającego: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – INTOP WARSZAWA Sp. z o.o., ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa zwane dalej: „*INTOP WARSZAWA Sp. z o.o.*” albo „*INTOP WARSZAWA*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta – Konsorcjum Firm: 1) SKANSKA S.A. (Lider), Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa; 2) Skanska a.s., Křižíkova 682/34a, 186 00 Praha 8; z adresem do korespondencji: SKANSKA S.A., Obszar Kolejowy, Aleja Powstańców Śląskich 26, 30-570 Kraków zwane dalej: „*Konsorcjum SKANSKA*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 13.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum SKANSKA wniosło odwołanie na czynność z 03.08.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- Art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” - poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, która nie spełnia wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*”, w tym warunków udziału w postępowaniu.
- Art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w celu wykazania, że spełnienia warunków udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, który mają istotny wpływ w ocenie oferty i istotny wpływ na decyzję zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

- Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która spełnia wszystkie warunki i kryteria postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.
- Art. 7 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bez zasad przejrzystości.
- Przywołane wyżej przepisy Pzp nie są wyłączne, co oznacza, że zakres zaskarżenia obejmuje wszelkie regulacje Pzp, które wynikają z zarzutów podniesionych w odwołaniu lub bezpośrednio lub pośrednio korespondują z treścią odwołania.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie w całości wyboru oferty najkorzystniejszej;
- odrzucenie oferty INTOP WARSZAWA, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- wykluczenie INTOP WARSZAWA z postępowania z powodu wprowadzeniu zamawiającego w błąd, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, poprzez przedstawienie nieprawdziwych informacji, które miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego;
- powtórzenie procesu badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- dopuszczenie dowodów z dokumentów przywołanych w treści odwołania lub w toku postępowania przed Izłą na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

W SIWZ TOM I IDW (Instrukcja dla Wykonawców) wskazał warunki jakie muszą spełnić Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. W pkt 8.6.2 IDW. Zamawiający określił wymagania jakie musi spełniać Kierownik robót torowych i odwodnieniowych:

„8.2. Zgodnie z art. 22 ust. 1b Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

8.2.1. Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,

8.2.2. Sytuacji ekonomicznej lub finansowej,

8.2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej.”

„Ocena spełniania w/w warunku nastąpi na podstawie przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń, o których mowa w punkcie 9 IDW.

8.6.2. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę:

- dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

Lp.	Osoba	
1.	Kierownik Budowy – 1 osoba	
	Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe)	uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych takich jak: stacje, linie kolejowe, bocznicę kolejowe i inne budowle lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów
	Doświadczenie	posiada co najmniej 3 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika budowy w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1186, z późn. zm.) na robotach związanych z budową, przebudową/modernizacją nawierzchni i podtorza kolejowego.

(...)

Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie Protokołu postępowania wraz z korespondencją Zamawiającego, co Zamawiający uczynił w dniu 04.08.2020 r. Co ważne podkreślenia, Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował procedurę 24aa Pzp.

W związku z powyższym po aukcji elektronicznej skierował do INTOP WARSZAWA - Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona - wezwanie do przedłożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w 8.2 IDW. INTOP WARSZAWA na wezwanie Zamawiającego uzupełnił wymagane dokumenty i oświadczenia w tym m. in. wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia stanowiący załącznik nr 7 do IDW oraz załącznik nr 5 do niniejszego odwołania. Odwołujący dokonał analizy udostępnionego protokołu i korespondencji prowadzonej w toku badania czy Wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W swojej Ofercie firma INTOP WARSZAWA, dla potwierdzenia spełnienia warunku określonego w 8.6.2 IDW potwierdziła, że będzie dysponowała osobą pełniącą funkcję kierownika robót torowych i odwodnieniowych, którym będzie p. M. G. Osoba ta została wskazana w załączniku nr 7 do IDW uzupełnionego przez INTOP WARSZAWA na wezwanie Zamawiającego (załącznik nr 5 do odwołania).

W ocenie Odwołującego osoba ta nie spełnia warunków stawianych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu dla osoby pełniącej tę funkcję, ponieważ nabyła uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżyniersko-kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych bez ograniczeń w dniu 28.12.2016 r. (uprawnienia nr

MAZ/0530/WBKI/16), natomiast wcześniej posiadała jedynie uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej, wydane dnia 30.12.2009 r. (uprawnienia nr MAZ/0392/PWOM/09).

Oznacza to jednocześnie, że osoba ta nie spełnia wymogu 3-letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza, ponieważ w trakcie realizacji zadania „Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich *„Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie”*”, które to zadanie było realizowane w terminie 05.08.2015 r. do 16.11.2016 r., nie posiadała uprawnień do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych bez ograniczeń.

Oznacza to, że oferta INTOP WARSZAWA nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co więcej w celu potwierdzenie spełnienia tego warunku INTOP WARSZAWA przekazał Zamawiającemu informacje nie mające oparcia w rzeczywistości i wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Odwołujący wskazuje, że INTOP WARSZAWA, oświadczył że spełnia warunki i dysponuje osobą, która ma wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, następnie ponownie oświadczył, że p. M. G. pełnił podczas przywołanej wyżej realizacji funkcję kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający wyklucza Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że m. in. nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub który zataił te informacje.

Dla zastosowania normy art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp muszą spełnić się następujące przesłanki:

1. przedstawienie informacji przez wykonawcę niezgodnej z rzeczywistością (zatajenie informacji, brak możliwości przedstawienia dokumentów),
2. informacja ta wprowadziła w błąd Zamawiającego,
3. błąd ten polegał na przyjęciu przez Zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, spełnia kryteria oceny ofert,
4. przedstawienie informacji musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością stanowi pierwszą z przesłanek w przypadku podstawy wykluczenia. Informacja niezgodna z rzeczywistością, informacja nieprawdziwa (informacja wprowadzająca w błąd) to złożone przez wykonawcę oświadczenie wiedzy którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy (tak też wyrok KIO 576/17). Druga przesłanka wykluczenia

określona posługuje się zwrotem w formie dokonanej – „wprowadził w błąd”, zatem podstawą wykluczenia, jest wprowadzenie w błąd, które nie jest próbą bądź zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, a faktyczne wywołuje u zamawiającego mylne wyobrażenia o faktach (KIO 444/18, wyrok KIO z 27.03.2018 r.)

Trzecia przesłanka kierunkuje w jakim obszarze wprowadzenie w błąd Zamawiającego, skutkuje wykluczeniem. Błąd ten odnosi się do kwestii dotyczących podlegania wykluczeniu wykonawcy, spełnienia warunków udziału lub kryteriów selekcji.

I wreszcie czwarta przesłanka odnosi się do sfery motywacyjnej i oceny winy Wykonawcy, gdyż wprowadzenie w błąd zamawiającego musi być wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Czwartą przesłankę należy interpretować poprzez odniesienie jej na grunt stricte cywilistyczny, bo do czego upoważnia nas art. 14 Pzp. Z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (uzasadnienie wyroku SN z 10.03.2004 r., IV CK 151/03, wyrok z 11.02.2015 r., KIO 177/15, wyrok z 11.10.2016 r., KIO 1773/16, wyrok z 27.02.2015 r., KIO 491/15, wyrok z 26.01.2016 r., KIO 1/16, wyrok z 17.05.2016 r., KIO 673/16, wyrok z 28.09.2015 r., KIO 2000/15).

W wyroku KIO z 20.03.2017 r., KIO 382/17 KIO zwróciła uwagę, że *„Na podstawie art. 14 ustawy Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na*

wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.”

Nie ulega zatem wątpliwości, że w przywołanym sanie faktycznym wszystkie przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp zostały spełnione.

Na dodatek, bardzo istotnym jest także fakt, że Wykonawcą inwestycji, która została wskazana na potwierdzenie doświadczenia p. M. G., było konsorcjum INTOP WARSZAWA i VISTAL Gdynia. Zatem INTOP WARSZAWA posiada pełną wiedzę zarówno co do zakresu wykonywanych prac na tej inwestycji, jak również funkcji jaką pełniły poszczególne osoby, posiadanych przez nie uprawnień oraz terminie uzyskania poszczególnych uprawnień. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że INTOP WARSZAWA nie był świadomy, że podczas realizacji wskazanej wyższej inwestycji p. M. G. nie posiadał uprawnień uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżyniersko-kolejowej, nie mógł zatem pełnić funkcji kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza. Próba wykazania, że INTOP WARSZAWA nie miał wiedzy w powyższym temacie, świadczyłoby co najmniej o jego rażącym niedbalstwie, co i tak wypełnia zakres przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

W wyroku KIO z 12.10.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1223/09, zachowującym częściowo aktualność w stanie prawnym odnoszącym się do niniejszej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza orzekła między innymi, iż *„z uwagi na profesjonalny charakter działalności, wykonawca składający ofertę zobowiązany jest zgodnie z art. 355 k.c. dołożyć szczególnej staranności przy sporządzaniu oświadczeń składanych wraz z ofertą, w celu uzyskania zamówienia publicznego. Natomiast z mocy art. 329 k.c. i art. 430 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp odpowiada również za działania swoich pracowników, czy osób trzecich, którym powierza przygotowanie oferty.”*

W wyroku KIO z 26.01.2017 r., KIO 98/17 KIO zwróciła uwagę, że ustawa - Pzp dla takiego działania przewiduje sankcję w postaci wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Stanowisko to znajduje potwierdzenie choćby w najnowszej literaturze przedmiotu np. Powyższy przepis obejmuje wykonawców, którzy usiłują wyłudzić zamówienie poprzez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do swojej sytuacji podmiotowej albo którzy nie są w stanie należycie udokumentować spełnienia wymaganych warunków podmiotowych. Celem wprowadzenia tej regulacji w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp jest także zapobieganie nieuczciwym bądź nierzetelnym działaniom wykonawców, a nie tylko eliminacja z postępowania wykonawcy, który dopuścił się czynu określonego w tym przepisie (KIO 1401/18, wyrok KIO z 31.07.2018 r.). Podobnie orzekła Izba w wyroku z 20.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2547/18). Obok innych przesłanek wykluczenia, mają one stanowić dla Zamawiającego gwarancję, że realizacja zamówienia nie zostanie powierzenia wykonawcy nierzetelnemu. Innymi słowy, wykonawca, który ubiega się o dane zamówienie musi być

wykonawcą rzetelnym. Literalna wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia.

Co bardzo istotne w kontekście zaistniałego stanu faktycznego, w doktrynie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd” podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (tak w wyroku KIO 26.01.2016 r., sygn. akt: KIO 1/16 oraz w wyroku o sygn. akt: KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15). Przepisy Pzp nie przewidują bowiem żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie zawierają obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe również do złożenia informacji niewadliwych.

Zamawiający nie ma ani prawa, ani obowiązku do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w art. 26 ust. 3 Pzp stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia. Uznać także należy, że dopuszczalność samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 Pzp „aktualizuje się” dopiero w kolejnym postępowaniu, dopiero bowiem w przypadku kolejnego postępowania fakt istnienia podstawy wykluczenia jest już wykonawcy znany. Jak podniesiono w KIO o sygn. akt: 185/18 *„Pewnym absurdem i wypaczeniem procedury udzielania zamówień publicznych byłoby, aby wykonawca składający nieprawdziwe informacje jednocześnie składał wyczerpujące wyjaśnienia w zakresie swojej rzetelności, (...) opisywał (...) jakie środki przedsięwziął w celu zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy” Nie jest możliwym, aby efekt działań samooczyszczających nastąpił jeszcze w tym postępowaniu, ponieważ informacje wprowadzające w błąd już przedstawiono. Z tych też względów brak jest „realnych” możliwości przeprowadzenia tej procedury tak jak oczekiwałby odwołujący w odwołaniu.”*. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 Pzp służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. Nie jest zatem możliwe zastosowanie self-cleaning w sytuacji kiedy to zamawiający w toku postępowania pozyska informacje, że zaistniała podstawa

wykluczenia (tak w wyroku KIO z 28.02.2018 r., sygn. akt: KIO 274/18). Nie ulega wątpliwości, że INTOP WARSZAWA wprowadził Zamawiającego w błąd, co w pełni wypełnia przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 16. Zamawiający naruszył także zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, ponieważ nie wykluczył z postępowania Wykonawcy, który działa nierzetelnie i wprowadził zamawiającego w błąd co do spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w celu uzyskania zamówienia publicznego, co do prowadziło do wyboru oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp Zamawiający powinien wykluczyć INTOP WARSZAWA, ponieważ został wprowadzony w błąd, że INTOP WARSZAWA spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 17.08.20120 r. (platforma zakupowa Zamawiającego – moduł Korespondencja: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.08.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 08.09.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) INTOP WARSZAWA Sp. z o.o. złożyło pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W toku postępowania Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w wyniku której oferta Przystępującego uzyskała najwyższą liczbę punktów i uplasowała się na pierwszym miejscu. 03.08.2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Przystępującego. Pismem z 13.08.2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, z uwagi na rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji niesłuszny wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący postawił zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 Pzp. Jak zostanie wykazane poniżej, Zamawiający słusznie uznał, że oferta Przystępującego spełnia wymagania postawione w dokumentacji postępowania, wobec czego oferta została słusznie uznana za ofertę najkorzystniejszą, zaś zarzuty postawione przez Odwołującego są nieuzasadnione.

SPEŁNIENIE WARUNKU UDZIAŁU Z PKT 8.6.2 PPKT 2IDW (p. M. G.)

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego ma treść warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do kierownika robót torowych i odwodnieniowych, która została uregulowana przez Zamawiającego w pkt 8.6.2 ppkt 2 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”). Na mocy powyższego warunku Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobami zdolnymi do wykonania robót, w tym kierownikiem robót torowych i odwodnieniowych, w zakresie którego Zamawiający postawił dwa odrębne wymagania - dotyczące uprawnień oraz doświadczenia. I tak, w zakresie kwalifikacji zawodowych (warunek dotyczący uprawnień) Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko kierownika robót torowych i odwodnieniowych posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych. W zakresie doświadczenia, Zamawiający w opisywanym warunku z pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW postawił odrębny wymóg i wskazał, że wymaga, aby kierownik robót torowych i odwodnieniowych posiadał co najmniej 3 letnie łączne doświadczenie w ostatnich 10 latach przed upływem terminu składania ofert na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo Budowlane. Powyższe warunki udziału, odnosząc się do uprawnień (kwalifikacji) oraz doświadczenia, w sposób jasny i czytelny zostały rozdzielnie sformułowane w pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW. Innymi słowy, w ślad za ich literalną interpretacją, należało przyjąć, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca wykazał się dysponowaniem osobą, która pełnić będzie funkcję kierownika robót torowych i odwodnieniowych i spełnia następujące warunki:

- a) posiada uprawnienia bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych;
- b) posiada min. 3 letnie łączne doświadczenie (zdobyte w ostatnich 10 latach) na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót;
- c) doświadczenie to zdobyte zostało w ramach zadania (zadań) obejmujących zakres prac związany z nawierzchnią i podtorzem.

A zatem, czego nie dostrzega Odwołujący, obowiązek posiadania uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych nie został przez Zamawiającego ujęty w jakiegokolwiek ramy czasowe. Uprawnienia te osoba predestynowana do pełnienia omawianej funkcji musi posiadać w momencie składania ofert, nie jest natomiast istotne, kiedy zostały one nadane.

Za niezasadnione i wprost sprzeczne z treścią warunku z pkt. 8.6.2 ppkt 2 IDW należy uznać łączenie wymaganych uprawnień z doświadczeniem zawodowym. W zakresie doświadczenia niezbędne jest bowiem wykazanie, że zostało ono nabyte w ramach pełnienia

określonej funkcji (kierownik budowy lub kierownika robót w danej branży) w ramach inwestycji spełniającej określone wymagania. Przystępujący, wskazując p. M. G. w załączniku nr 7 stanowiącym wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia prawidłowo wykazał, że spełnia warunek udziału. Interpretacja warunku udziału, której dokonał Przystępujący potwierdza wybór Zamawiającego, który zaaprobował uprawnienia i doświadczenie p. M. G. w zgodzie z skonstruowanym przez siebie warunkiem. Przystępujący wskazał, że p. M. G. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej, w zakresie kolejowych obiektów budowlanych bez ograniczeń, które uzyskał w grudniu 2016 r. (nr: MAZ/0530/WKBI/16). Z kolei w odniesieniu do wymogu 3 letniego doświadczenia Przystępujący wskazał 3 inwestycje, w których uczestniczył p. M. G. pełniąc odpowiednio funkcję kierownika budowy przez okres 19 miesięcy, funkcję kierownika robót przez 24 miesiące oraz 11 miesięcy na trzeciej z wymienionych inwestycji (również jako kierownik robót). Wobec tego, Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w zgodzie z jego literalnym brzmieniem. Odwołanie bazuje zatem na treści warunku udziału w postępowaniu, która nie została wyartykułowana w IDW przez Zamawiającego. Znamienne jest, że sam Odwołujący dostrzega, że p. M. G. posiada uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej kolejowej. Jednocześnie w sposób bezpodstawny wymaga, aby uprawnienia te zostały nabyte w określonym czasie. Odwołujący wskazuje, że p. M. G. nie spełnia wymogu w postaci 3 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza, gdyż w trakcie realizacji zadania pn. Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynierskich „Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie” („Inwestycja”) p. M. G. nie posiadał uprawnień kolejowych, a jedynie mostowe. Nie dostrzega jednak Odwołujący, że wymogiem IDW było, aby w ramach wykazywanej inwestycji dana osoba sprawowała określoną funkcję (np. kierownika budowy). Odwołujący nie wykazał, aby p. M. G. warunku tego nie spełnił, tj. aby nie sprawował w ramach Inwestycji funkcji kierownika budowy. Już zatem z powyższego powodu odwołanie jest nieuzasadnione. Niemniej jednak, z ostrożności, Przystępujący wyjaśni w jaki sposób p. M. G. nabył wykazywane aktualnie doświadczenie.

W pierwszej kolejności wskazujemy, że zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane („PrBud”) uprawnienia budowlane udzielane są w następujących specjalnościach:

- a) architektonicznej;
- b) konstrukcyjno - budowlanej;
- c) inżynierskiej;
- d) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń.

Uprawnienia w specjalności inżynierskiej dzielą się m. in. na mostowe, drogowe, kolejowe w zakresie obiektów budowlanych (wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu) oraz kolejowe w zakresie sterowania ruchem kolejowym.

W ramach danej inwestycji, w zależności od jej przedmiotu i zapotrzebowania na specjalistyczną wiedzę, poszczególne zakresy prac nadzorowane są przez kierowników robót, legitymujących się wskazanymi powyżej uprawnieniami. Kierownicy robót pełnią zatem samodzielne funkcje w budownictwie i obok inwestora, inspektora nadzoru budowlanego, projektanta i kierownika budowy, mają status uczestników procesu budowlanego (art. 17 PrBud). Przenosząc powyższe na postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, wskazać należy, że Zamawiający dopuścił wykazywanie się doświadczeniem na stanowisku kierownika robót w branży nawierzchni i podtorza. Biorąc zatem pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu oraz istniejące w polskim systemie specjalności budowlane, uznać należy, że Zamawiający dopuszczał wykazanie się zajmowaniem stanowiska kierownika robót, ale takiego, który nadzorował prace w zakresie nawierzchni i podtorza (a więc nie dopuszczał posługiwanie się jakimkolwiek doświadczeniem zdobytym w ramach referencyjnej inwestycji na stanowiska kierownika robót).

Jednocześnie, w tym samym warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający dopuścił legitymowanie się doświadczeniem na stanowisku Kierownika Budowy. Zgodnie z dyspozycją art. 12 ust. 2 PrBud funkcję kierownika budowy mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją stwierdzone decyzją (uprawnienia budowlane), wydaną przez organ samorządu zawodowego. Zatem nie jest możliwe sprawowanie funkcji kierownika budowy bez posiadania uprawnień budowlanych. O tym natomiast, jakie to będą uprawnienia, decyduje inwestor. Co do zasady przyjmuje się w praktyce, że kierownikiem budowy zostaje osoba, która posiada uprawnienia niezbędne do nadzorowania wiodącego elementu zamówienia. Podkreślić jednak należy, że zamawiający cieszą się w tym zakresie swobodą.

Jeśli chodzi o Inwestycję, to, z uwagi na to, że kluczowym i dominującym jej elementem były prace mostowe, zamawiający tak sformułował warunki udziału, że kierownikiem budowy została osoba posiadająca uprawnienia w specjalności mostowej (które p. M. G. posiada od 30 grudnia 2009 roku). Tak skonstruowany warunek pozwolił na objęcie tej funkcji p. M. G. Bezsporne jest przy tym, że w ramach Inwestycji wykonywano prace w zakresie nawierzchni i podtorza (okoliczność niekwestionowana przez Odwołującego). Kierownik budowy, jako kluczowy członek personelu kierowniczego każdej inwestycji budowlanej, posiada najszersze uprawnienia (i będące ich konsekwencją

obowiązki) w zakresie procesu budowlanego (szczegółowe opisane w art. 22 i 23 PrBud). Szczególnie ważne jest, że w ramach danej inwestycji powoływany jest jeden kierownik budowy (w odróżnieniu od kierowników robót, którzy powoływani są w odniesieniu do poszczególnych branż). Tak ustanowiony kierownik budowy nadzoruje całe przedsięwzięcie budowlane, a jego prawa i obowiązki nie są konsekwencją posiadanych uprawnień, lecz sprawowanej funkcji (która sprowadza się do piastowania dominującej funkcji względem wszystkich kierowników branżowych). A zatem, skoro p. M. G. sprawował w ramach Inwestycji funkcję kierownika budowy, a przedsięwzięcie to obejmowało wymagany zakres z nawierzchnią i podtorzem, to uznać należy, że nabył on wymagane w pkt. 8.6.2 ppkt 2 IDW doświadczenie. Natomiast to, jakie uprawnienia wówczas posiadał miało znaczenie jedynie w świetle spełniania wymogów związanych z Inwestycją, ale nie ma znaczenia w kontekście postępowania. Doświadczenie, które nabywał w ramach pełnienia funkcji kierownika budowy związane jest z całym zakresem Inwestycji. Dobitym dowodem na nabycie omawianego doświadczenia przez Kierownika Budowy jest jego odpowiedzialność. Otóż, skoro Kierownik Budowy jest odpowiedzialny za całość inwestycji, którą nadzoruje (i to zarówno w oparciu o normy zawodowe, ale także na podstawie reguł statuujących odpowiedzialność karną), to za zupełnie nieuzasadnione uznać należy próby ograniczania prawa do przypisywania sobie nabywanego w ten sposób doświadczenia.

REGUŁY WYKŁADNI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Przystępujący nie może zgodzić się z nieuzasadnioną teorią Odwołującego, jakoby sporny warunek należało odczytywać w sposób narzucony w treści odwołania. Stanowisko Odwołującego, w ślad za którym wywodzi, iż osoba skierowana na stanowisko kierownika robót torowych i odwodnieniowych winna była wykazać się 3 letnim doświadczeniem, które oparte jest na tożsamej długości posiadania uprawnień, jest błędne. Odwołujący starając się uzyskać przedmiotowe zamówienia dokonuje nieprawidłowej, rozszerzającej wykładni warunku udziału, która nie znajduje literalnego i praktycznego uzasadnienia. Przystępujący zwraca w tym miejscu uwagę, że nawet jeśli intencją Zamawiającego było posiadanie przez osobę skierowaną na stanowisko kierownika robót torowych i odwodnieniowych doświadczenia, które zbieżne byłoby z czasem posiadanych uprawnień do kierowania robót w specjalności inżyniersko-kolejowej, to winien był jasno i precyzyjnie to wyartykułować w dokumentacji, gdzie określone zostały warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem sporny warunek został rozdzielony tabelarycznie i (co najważniejsze) logicznie, co utwierdza wyłącznie w przekonaniu, że sposób interpretacji Przystępującego jest słuszny. Zamawiający w żadnym fragmencie dokumentacji nie wskazał, że warunki te należy odczytywać w ten sposób, że uprawnienia kolejowe wykazywana osoba powinna posiadać przez określony czas. Do wykładni i interpretacji postanowień SIWZ, w tym warunków udziału

w postępowaniu, szeroko i jednolicie odnosiła się Izba w swoich orzeczeniach, podnosząc, że to na barkach Zamawiającego ciąży obowiązek skrupulatnego, precyzyjnego i jasnego sformułowania postanowień SIWZ. Wiąże się to przede wszystkim z obowiązkiem przestrzegania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania zasad uczciwej konkurencji, które przekładają się na obowiązek stosowania literalnej wykładni odpowiednich postanowień SIWZ. Wobec tego, przy interpretacji postanowień SIWZ, jak w przypadku niniejszego stanu faktycznego, kluczowe jest, aby kierowano się znaczeniem słów, wyrażań oraz ich gramatyczną składnią. Powyższa literalna wykładnia warunków udziału w postępowaniu przekłada się przede wszystkim na ochronę wykonawców składających oferty, których zakaz rozszerzającej interpretacji warunków udziału chroni przed ewentualną uznaniowością Zamawiającego wobec innych wykonawców.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 17.10.2019 r.: *„Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu”* (sygn. akt: KIO 1965/18). Podobnie w wyroku Izby z 28.10.2019 r. *„Postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane zatem muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretacje i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ.”* (sygn. akt: KIO 2038/19). W odniesieniu do niewyartykułowanych intencji zamawiających przy konstrukcji warunków udziału w postępowaniach wypowiedziała się Izba w wyroku z 10.05.2013 r., gdzie wskazano, że *„należy odrzucić interpretacje oparte wyłącznie na intencjach zamawiających, które nie zostały uzewnętrznione w formie pisemnej przed terminem składania ofert, niezależnie od tego, czy obiektywnie byłyby to warunki bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia.”* (sygn. akt: KIO 964/13). Wobec powyższego stwierdził, że Odwołujący dokonał nadinterpretacji zakwestionowanych postanowień IDW i w sposób nieprawidłowy dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przeprowadzonej przez Zamawiającego. Analiza postawionych przez Zamawiającego wymagań prowadzi do wniosku, że w pkt 8.6.2 ppkt 2 IDW mamy do czynienia z dwoma rozłącznymi wymaganiami, których celem było zbadanie potencjału osobowego Przystępującego. W ramach tego

warunku wykonawcy mieli wykazać się dysponowaniem osoby, która (i) posiada odpowiednie uprawnienia w zakresie kierowania robotami, (ii) posiada co najmniej 3 letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. Nieuprawniona zatem jest przytoczona przez Odwołującego na potrzeby odwołania rozszerzona interpretacja spornych postanowień SIWZ i forsowanie nieprawidłowego stanowiska, jakoby powyższy warunek należało odczytywać w powiązaniu czasowym. Faktem jest, że gdyby intencją Zamawiającego było połączenie obu tych wymagań, to Zamawiający dałby temu jednoznaczny wyraz w treści SIWZ. Jak zostało już podniesione, warunki udziału w Postępowaniu należy odczytywać wprost, nie dokonując ich wykładni rozszerzającej. Odwołujący wprowadził de facto wymaganie, które nie zostało wyrażone wprost w postanowieniach SIWZ, co w konsekwencji świadczy o próbie nieuprawnionej modyfikacji tego warunku. Potwierdzeniem stanowiska Przystępującego jest również fakt, że tak skonstruowany warunek udziału w postępowaniu był obowiązujący dla wszystkich wykonawców biorących w nim udział i nie budził ich wątpliwości. Warunek ten nie był kwestionowany - nie był również przedmiotem pytań do Zamawiającego, co należy odbierać jako potwierdzenie, że warunek ten został postawiony w sposób prawidłowy i czytelny, w zgodzie z jego interpretacją przedstawianą przez Przystępującego (w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający udzielił odpowiedzi na blisko 450 pytań, tylko jedno odnosiło się do pkt 8.6.2. IDW, jednak w odmiennym, niemającym znaczenia dla tej sprawy, kontekście).

ZARZUT NARUSZENIA ART. 24 UST. 1 PKT 16 PZP

W konsekwencji powyższej argumentacji nie sposób zatem przyjąć, aby zarzut odnoszący się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd mógł znaleźć jakiegokolwiek prawne i faktyczne oparcie w analizowanym stanie faktycznym. Przede wszystkim Przystępujący zauważa, że art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Powyższe nie ma miejsca w tym przypadku, bowiem rzekome wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Przystępującego sprowadza się do de facto do sporu interpretacyjnego w zakresie warunku udziału z pkt 8.6.2 IDW. Przystępujący zauważa także, że opisywane przez Odwołującego czynniki wpływające na uznanie, że wykonawca wprowadza w błąd zamawiającego nie mogą znaleźć zastosowania wobec Przystępującego. Przede wszystkim, poza opisaniem regulacji ustawy Pzp odnoszących się do podania nieprawdziwych informacji i poparciem ich orzecznictwem Izby, Odwołujący w żadnym fragmencie swojego pisma nie udowadnia swoich racji. Tymczasem, jak wskazała Izba w wyroku z 17.07.2020 r. *„Odwołujący powołując się na przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. powinien przede wszystkim skupić się na przedstawieniu okoliczności potwierdzających ich spełnienie, ponieważ tylko kumulatywne*

spełnienie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie powoduje zastosowanie normy prawnej w nim zawartej.” (sygn. akt: KIO 1035/20). W piśmie stwierdzającym rzekome wprowadzenie Zamawiającego przez Przystępującego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji na temat uprawnień i doświadczenia p. G. Odwołujący nie wykazał, że interpretacja warunku udziału przez Przystępującego była błędna, co w ostateczności generuje potwierdzenie niezasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Analiza zaistniałego stanu faktycznego pozwala jednoznacznie uznać, że na żadnym z etapów Postępowania Przystępujący nie przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Znamienne jest zresztą, że poza ogólnym stwierdzeniem o nieprawdziwości twierdzeń Przystępującego, Odwołujący nie wskazuje na czym miałyby one polegać. Tymczasem każda z informacji odnoszących się do p. G. użyta w Wykazie osób jest informacją prawdziwą. Co więcej - w rubryce zatytułowanej „Wymagane uprawnienia (podać pełny zakres uprawnień oraz nr i datę wydania)” Przystępujący wprost i w sposób niebudzący wątpliwości, wskazał na posiadane uprawnienia oraz daty ich uzyskania. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanych przepisach jest wykreowanie u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/ zdarzenie miały miejsce, podczas, gdy w rzeczywistości tak nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/ zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest zatem podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. A obowiązkiem odwołującego się wykonawcy jest wykazać na czym polega podanie tych nieprawdziwych informacji. Znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie Izby zapadłym na gruncie aktualnie brzmiących przepisów. W wyroku z 18.04.2017 r. (sygn. akt: KIO 576/17) Izba stwierdza: „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”. A contrario, z wprowadzeniem w błąd nie będziemy więc nigdy mieli do czynienia, jeśli informacja podana przez wykonawcę jest prawdziwa (nawet jeśli nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego sformułowanym np. w treści warunków udziału w postępowaniu). Skoro bowiem wykonawca przedstawia zamawiającemu informację niezniekształconą i odpowiadającą rzeczywistości, to nie można mówić o zaistnieniu stanu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Oczywiście jest przy tym, że taka informacja może podlegać ocenie pod kątem wymogów nakreślonych przez zamawiającego, nie sposób uznać jednak, że stanowi podstawę do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Nie można przy tym się zgodzić ze stanowiskiem prezentowanym przez

Odwołującego, że działanie Przystępującego poprzez wskazanie p. G. w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia można było zakwalifikować jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Nie znajduje to uzasadnienia w okolicznościach niniejszej sprawy, bowiem Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący, wykładając sporny warunek udziału, swoim działaniem w jakikolwiek sposób wypełnił przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. W konsekwencji, nie można przyznać racji Odwołującemu, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu wykazu osób. A zatem Przystępującemu nie można też przypisać wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tym bardziej że przywoływany w odwołaniu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp wymaga wykazania podejmowania czynności w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (a więc form znacznie wykraczających poza zwykłą lekkomyślność lub niedbalstwo, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, a naruszenia którego Odwołujący nie zarzucił). Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd. Odwołujący oparł powyższy zarzut wyłącznie na wcześniej opisanej, błędnej interpretacji warunku udziału w postępowaniu, nie próbując jednocześnie należycie wykazać, z czego wywodzi swój tok przyjętej wykładni, ani nie wykazał się inicjatywą dowodową, którą poparłby swoje twierdzenia co do zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Jedynie na marginesie Przystępujący podkreśla, że nawet jeśli by uznać, że interpretacja warunku z pkt. 8.6.2 IDW dotycząca p. G. prezentowana przez Przystępującego jest błędna (z czym Przystępujący kategorycznie się nie zgadza), to i tak nie byłoby zasadne wykluczenie wykonawcy z postępowania. Przyczyną podania informacji w treści wynikającej z Wykazu osób nie jest bowiem działanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (nawet lekkomyślnie), lecz określona (uzasadniona w świetle treści IDW), przyjęta przez Przystępującego, wykładnia warunku udziału w postępowaniu. Jak natomiast wskazuje się w orzecznictwie Izby, przyjęcie odrębnego rozumienia postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podanie informacji nawiązujących do tej wykładni nie stanowi wprowadzenia w błąd instytucji zamawiającej (Tak Izba w wyroku z 05.01.2017 r., sygn. akt: KIO 2429/16, wyroku z 14.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1312/14 czy w wyroku z 23.02.2017 r. sygn. akt: KIO 279/17, KIO 280/17). Gdyby nawet zatem przyjąć, że interpretacja Odwołującego jest, to działaniem Zamawiającego powinno być następcze wezwanie Przystępującego do uzupełnienia doświadczenia w oparciu o procedurę, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Tymczasem zarzut taki nie został w ogóle postawiony w treści odwołania, co biorąc pod uwagę związanie Izby treścią zarzutów (art. 192 ust. 7 Pzp), skutkować powinno oddaleniem odwołania.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 89 UST. 1 PKT 2 PZP

Abstrahując od merytorycznej wadliwości twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego wskazać należy dodatkowo na formalną wadliwość sformułowanych zarzutów. W treści odwołania postawiono Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten nie dotyczy jednak, wbrew twierdzeniom Odwołującego, oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Za bezpodstawny zatem należy uznać zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 8.6.2. IDW. Przede wszystkim powyższa bezpodstawność wynika z faktu, że czym innym jest badanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym podstaw wykluczenia wynikających z art. 24 ust. 1 Pzp, a czym innym jest niezgodność merytoryczna treści oferty z treścią SIWZ, analizowana przez Zamawiającego w ramach oceny ofert (wyrok z 14.03.2016 r., sygn. akt: KIO 268/16). W tym kontekście Przystępujący zauważa, że podstawą zarzutu w zakresie zaniechania wykluczenia Przystępującego z Postępowania powinien być zatem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który odnosi się do konkretnych warunków postawionych wykonawcom ubiegającym się o zamówienie (tutaj w zakresie doświadczenia/uprawnień), a nie, jak wskazał Odwołujący, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który swoją dyspozycją dotyczy treści oferty (a zatem odnosi się do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji - zakresu, ilości, jakości itp.). Powyższe stanowisko potwierdza Izba w wyroku z 28.03.2017 r. (stan faktyczny odnosił się do warunku w zakresie zdolności technicznych i zawodowych), gdzie wskazano, że: *„Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych skutkuje wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. oraz uznaniem oferty za odrzuconą. Nie są to wymagania przedmiotowe, dotyczące stricte treści oferty, których niespełnienie skutkuje niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”* (sygn. akt: KIO 484/17). Ponadto zauważył, że zarzut dotyczący art. 89 Pzp jest w realiach niniejszej sprawy zarzutem spóźnionym. Otóż w postępowaniu Zamawiający przeprowadził, zgodnie z ustaleniami ujętymi w SIWZ, aukcję elektroniczną. Jak stanowi art. 91 b ust. 1 Pzp *„Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu”*. Oznacza to więc, że Odwołujący już w momencie, w którym powziął wiedzę o wykonawcach zaproszonych do udziału w aukcji powinien wnieść odwołanie, podnosząc zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Zaproszenie go bowiem do udziału w aukcji jest jednoznacznym potwierdzeniem, że oferta wykonawcy nie podlega, zdaniem instytucji zamawiającej, odrzuceniu. Tymczasem aukcja w postępowaniu miała miejsce 04.06.2020 r. W konsekwencji niepotwierdzenia się zarzutów odnoszących się do niespełnienia warunków

udziału w postępowaniu przez Przystępującego, nie potwierdza się również zarzut Odwołującego dotyczący prowadzenia postępowania przez Zamawiającego w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SIWZ po zmianach, wszystkich odpowiedzi na pytania.

Izba dopuściła także jako dowód dołączony do odwołania przez Odwołującego załącznik:

- Kopię wykazu osób złożonego przez Przystępującego w postępowaniu (zał. nr 7 do SIWZ).

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) kopia listu referencyjnego z 14.06.2016 r.;
- 2) pismo z 27.08.2020r. Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Przystępującego na rozprawie:

- 1) przykładowy wyciąg SIWZ dla Powiatu Tarnowskiego;
- 2) kopia protokołu końcowego z 16.11.2016 r. dotyczy kolejowego Mostu Gdańskiego w Warszawie;
- 3) wyciąg z SIWZ dotyczący kolejowego Mostu Gdańskiego w Warszawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, która nie spełnia wymogów SIWZ, w tym warunków udziału w postępowaniu.
- 2) Art. 24 ust. 1 pkt 16) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy, który w celu wykazania, że spełnienia warunków udziału w postępowaniu wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, który mają istotny wpływ w ocenie oferty i istotny wpływ na decyzję zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 3) Art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, która spełnia wszystkie warunki i kryteria postawione przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.
- 4) Art. 7 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bez zasad przejrzystości.
- 5) Przywołane wyżej przepisy Pzp nie są wyłączne, co oznacza, że zakres zaskarżenia obejmuje wszelkie regulacje Pzp, które wynikają z zarzutów podniesionych w odwołaniu lub bezpośrednio lub pośrednio korespondują z treścią odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego, tj. uznania, że Przystępujący wykazał się stosowną osobą na kierownika robót torowych i odnowieniowych mającą określone uprawnienia i doświadczenie wynikające z pkt. 8.6. 2 ppkt. 2 SIWZ. Inaczej mówiąc, czy osoba p. M. G. z poz. 2 złożonego wykazu osób spełnia wymogi określone w SIWZ przez Zamawiającego w kontekście także przedstawionych przez tą osobę inwestycji i związanego z tym doświadczenia.

Jednocześnie, Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu stwierdził co następuje: „*Jako okoliczności faktyczne leżące u podstaw odwołania Odwołujący podał, iż jego zdaniem nie zostały spełnione wymagania z pkt 8.6.2*

IDW jakie musi spełniać kierownik robót torowych i odwodnieniowych. Zdaniem Odwołującego Pan (...) nie spełnia kryterium doświadczenia dla kierownika robót torowych i odwodnieniowych. Odwołujący wywodzi to z faktu, iż Pan (...) nabył uprawnienia do kierowania robotami w specjalności inżynieryjno- kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych bez ograniczeń w dniu 28.12.2016r., natomiast wcześniej posiadała jedynie uprawnienia do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej, wydane 30.12.2009r.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że osoba ta nie spełnia wymogu 3 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza, ponieważ w trakcie realizacji zadania: „Likwidacja wąskich gardeł poprzez poprawę stanu technicznego obiektów inżynieryjnych „Poprawa bezpieczeństwa na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie” , realizowanym w terminie 05.08.2015r. do 16.11.2016, nie posiadała uprawnień do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych.

Z tak postawioną tezą nie można się zgodzić w kontekście analizy postawionego warunku, gdzie od Kierownika robót torowych wymagano doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż kierownik budowy nie musi posiadać uprawnień do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, gdyż samo prawo budowlane w art. 12 ust. 1 pkt 2 rozdziela czynność kierowania budową lub innymi robotami budowlanymi, przy czym „lub” stanowi tutaj alternatywę przemienną.

Dalej w tym samym przepisie art. 12 ust. 2 Prawa budowlanego wskazuje się, iż: „samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w ust. 1 pkt 1 - 5, mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej „uprawnieniami budowlanymi”, wydaną przez organ samorządu zawodowego.”

Skoro zatem (...) pełnił funkcję kierownika budowy na inwestycji na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie, to znaczy, że posiadał odpowiednie uprawnienia, które pozwoliły mu pełnić funkcję kierownika budowy.

Podkreślenia wymaga fakt, iż kierownikiem budowy jest zawsze specjalista branży wiodącej na danej inwestycji. W przypadku mostu kolejowego był to obiekt mostowy. Jednakże w tym konkretnym stanie faktycznym, ponieważ był to most kolejowy, zakres budowy obejmował także roboty torowe, które kierownik budowy koordynował, a zatem (...)

jako kierownik budowy nadzorował także wykonywanie prac w zakresie branży nawierzchni i podtorza.

Zaakcentować także należy, iż Prawo budowlane w art. 12 ust. 4c pkt 2 wskazuje na prowadzenie egzaminu w zakresie nadającym uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności. Natomiast kierownikiem budowy zostaje się dla całości budowy, a nie w konkretnej branży. Dalej art. 13 Prawa budowlanego stanowi, że:

„1. Uprawnienia budowlane mogą być udzielane do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi, w ograniczonym zakresie lub bez ograniczeń.

2. W uprawnieniach budowlanych należy określić specjalność i ewentualną specjalizację techniczno-budowlaną oraz zakres prac projektowych lub robót budowlanych objętych danym uprawnieniem.

3. Uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi stanowią również podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 3 i 4.

4. Uprawnienia do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi stanowią również podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 5 i 6.”

Zamawiający sformułował warunek wskazując na doświadczenie kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza, ale wobec zapisów prawa budowlanego jednoznacznie należy stwierdzić, iż nie można być kierownikiem budowy w branży jakiegokolwiek, ponieważ prawo budowlane nie zna takich uprawnień. Branżystą może być tylko kierownik robót.

Powyższe potwierdza także art. 22 Prawa budowlanego, który wskazuje, iż do podstawowych obowiązków kierownika budowy należy:

„1) protokolarne przejęcie od inwestora i odpowiednie zabezpieczenie terenu budowy wraz ze znajdującymi się na nim obiektami budowlanymi, urządzeniami technicznymi i stałymi punktami osnowy geodezyjnej oraz podlegającymi ochronie elementami środowiska przyrodniczego i kulturowego;

2) prowadzenie dokumentacji budowy;

3) zapewnienie geodezyjnego wytyczenia obiektu oraz zorganizowanie budowy i kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem lub pozwoleniem na budowę, przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, oraz przepisami bezpieczeństwa i higieny pracy;

3a) koordynowanie realizacji zadań zapobiegających zagrożeniom bezpieczeństwa i ochrony zdrowia:

a) przy opracowywaniu technicznych lub organizacyjnych założeń planowanych robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów, które mają być prowadzone jednocześnie lub kolejno,

- b) przy planowaniu czasu wymaganego do zakończenia robót budowlanych lub ich poszczególnych etapów;
- 3b) koordynowanie działań zapewniających przestrzeganie podczas wykonywania robót budowlanych zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zawartych w przepisach, o których mowa w art. 21 a ust. 3, oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia;
- 3c) wprowadzanie niezbędnych zmian w informacji, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b, oraz w planie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wynikających z postępu wykonywanych robót budowlanych;
- 3d) podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym;
- 3e) zapewnienie przy wykonywaniu robót budowlanych stosowania wyrobów, zgodnie z art. 10;
- 4) wstrzymanie robót budowlanych w przypadku stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia oraz bezzwłoczne zawiadomienie o tym właściwego organu;
- 5) zawiadomienie inwestora o wpisie do dziennika budowy dotyczącym wstrzymania robót budowlanych z powodu wykonywania ich niezgodnie z projektem;
- 6) realizacja zaleceń wpisanych do dziennika budowy;
- 7) zgłaszanie inwestorowi do sprawdzenia lub odbioru wykonanych robót ulegających zakryciu bądź zanikających oraz zapewnienie dokonania wymaganych przepisami lub ustalonych w umowie prób i sprawdzeń instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych przed zgłoszeniem obiektu budowlanego do odbioru;
- 8) przygotowanie dokumentacji powykonawczej obiektu budowlanego;
- 9) zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru odpowiednim wpisem do dziennika budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru i zapewnienie usunięcia stwierdzonych wad, a także przekazanie inwestorowi oświadczenia, o którym mowa w art. 57 ust. 1 pkt 2. ”

Jak widać z przepisu nie wynika, aby obowiązkiem kierownika budowy było kierowanie robotami w określonej branży. W tym, stanie rzeczy oczywistym jest, iż kierownik budowy nie musiał posiadać uprawnień budowlanych w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, gdyż zamawiający nie mógł żądać niczego innego niż statuuje prawo budowlane, a to ustanawia specjalności jedynie dla kierowników robót. Dodatkowo kierując się logiką należy wskazać, iż wykazanie się doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy to niejako wykazanie się szerszym doświadczeniem niż na stanowisku kierownika robót, ponieważ kierownik budowy spina i koordynuje całość budowy w zakresie wszystkich branż.

W świetle przytoczonych przepisów jednoznacznie należy wskazać, iż (...) ma odpowiednie doświadczenie wymagane dla Kierownika robót torowych i odwodnieniowych

jako, że kierował budową w zakresie realizacji, w ramach której było wykonywanie robót w branży nawierzchni i podtorza.

W świetle przytoczonej argumentacji za chybiony należy uznać zarzut dotyczący odrzucenia oferty INTOP Warszawa S.A. jak i wykluczenia wykonawcy z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wybór najkorzystniejszej oferty należy uznać za prawidłowy, gdyż wykonawca spełnił wymagania SIWZ.”.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie do zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. W pierwszym wypadku, Izba wskazuje, że niewątpliwie podstawą prawną zarzutu mógłby być co najwyżej art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a nie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przy czym, Izba podziela stanowisko Odwołującego z rozprawy, że samo błędne wskazanie podstawy prawnej nie skutkuje oddaleniem zarzutu. Organ orzekając, w tym wypadku KIO, ocenia w takiej sytuacji określony stan faktyczny i ewentualne naruszenia pod względem właściwej przesłanki prawnej dokonując stosownej subsumpcji. Podobnie jest też w tym stanie faktycznym. Izba oceniając stan faktyczny, uznała, że należy przeanalizować okoliczności, tj. treść warunku i przedstawionego doświadczenia i uprawnień pod kątem ewentualnego naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp. W konsekwencji uznając, że Zamawiający nie uzależnił początku biegu 3 letniego doświadczenia na stanowisku kierownika robót lub budowy w branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Prawa Budowlanego od uzyskania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych takich jak: stację, linie kolejowe, bocznice kolejowe i inne budowle. Inaczej mówiąc określił warunek odmiennie niż w dowodzie przedstawionym przez Przystępującego (przykładowy wyciąg SIWZ dla Powiatu Tarnowskiego). Jednocześnie, tak jak podnosił Przystępujący, w swoim piśmie procesowym – posiadanie uprawnień kolejowych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynierskiej kolejowej nie było ujęte w ramy czasowe, ale w takie ramy było ujęte określone doświadczenie. Nadto, nie były one od siebie uzależnione, jak Izba wskazywała powyżej. Zamawiający oczekiwał, aby takie doświadczenie, tj. doświadczenie 3 letnie zostało uzyskane na stanowisku kierownika robót lub kierownika budowy w branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Prawa Budowlanego. Niewątpliwie, wskazana inwestycja na kolejowym Moście Gdańskim w Warszawie zawierała w sobie taki element, tj. dotyczyła branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Prawa Budowlanego. Potwierdza to sam wykaz osób w poz. 2 dla p. M. G. w opisie doświadczenia odnośnie samej inwestycji na kolejowym

Moście Gdańskim w Warszawie, jak i dowód złożony na rozprawie przez Przystępującego (protokół końcowy z tej inwestycji z 16.11.2016 r.). Dodatkowo wyciąg z SIWZ dotyczący tej inwestycji złożony na rozprawie przez Przystępującego, potwierdza, że Kierownikiem Budowy mogła być osoba mająca uprawnienia w specjalności mostowej, jako wiodącymi robotami na tej inwestycji. Nie zmienia to jednak tego, że Kierownik Budowy, będący takim Kierownikiem Budowy na tej inwestycji zawierającej roboty torowe, roboty trakcyjne, zdobył także doświadczenie w tym zakresie, tj. nadzoru nad kierownikami robót branżowych, tzn. w branży nawierzchni i podtorza w rozumieniu Prawa Budowlanego (czyli w branży oczekiwanej przez Zamawiającego). W ocenie Izby, pomogło mu to doświadczenie uzyskać stosowne uprawnienia branżowe po zakończeniu tej inwestycji.

Rozstrzygająca kwestią jest treść wymogu, zgodnie z którym doświadczenie nie było uzależnione od uzyskania uprawnień, a wykazana inwestycja obejmowała branże nawierzchni i podtorza. Izba także zgadza się, że Kierownik Budowy jest Kierownikiem Budowy robót wiodących, nadto w tym wypadku miał z racji uprawnień mostowych bez ograniczeń prawo do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi na następujących rodzajach obiektów budowlanych: po pierwsze drogowych obiektów inżynierski w rozumieniu ustawy o drogach publicznych, po drugie w kontekście sporu - kolejowych obiektów inżynierskich, określony w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budowlane kolejowe i ich usytuowanie: most, wiadukt, przepust, ściana oporowa, tunel liniowy, nadziemne lub podziemne przejście dla pieszych. Uprawnienia mostowe do projektowania bez ograniczeń uprawniają również do obliczania światła mostów oraz przepustów.

Izba nie uznaje przedstawionej wykładni za absurdalną, ale zgodną z literalnym brzmieniem wymogu. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z jego treścią, mógł wnieść odwołanie na stosownym etapie postępowania. Stanowisko Odwołującego jest nadinterpretacją wynikającą z jego sytuacji procesowej. Dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego, tzn. ani list referencyjny z 14.06.2016 r., ani pismo z 27.08.2020r. Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nie zmieniają stanowiska KIO w tym zakresie. Należy zauważyć, że Polska Izba Inżynierów Budownictwa stwierdził, w pierwszym akapicie, że w jej gestii nie leży ocenianie zakresu uprawnień budowlanych pod kątem konkretnych inwestycji. Nadto, stanowisko wyrażone w tym piśmie jest mało wiarygodne i adekwatne, co do przedmiotu sporu, skoro nie znana jest treść zadanego pytania przez Odwołującego, czyli sam kontekst odpowiedzi.

Względem zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki ku temu, gdyż Przystępujący nie złożył nieprawdziwej informacji –

jest ona zgodna ze stanem rzeczywistym, a spór dotyczy odmiennego rozmienia wymogu. W takim zakresie Przystępujący zasadnie wskazał za orzecznictwem (przywołanym w złożonym piśmie procesowym), że w takiej sytuacji – przyjęcie odrębnego rozmienia postanowień SIWZ i podanie informacji nawiązującej do tej wykładni nie stanowi wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Izba wskazuje dodatkowo w tym zakresie na orzecznictwo, które zapadło co prawda w poprzednim stanie prawnym, ale jest nadal aktualne - za wyrokiem KIO z 13.05.2015 r., sygn. akt: KIO 842/15, KIO 862/15: „W tym wypadku, należy dodatkowo podnieść, że jakiegokolwiek niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia w ramach postanowień SIWZ, także działają na korzyść Wykonawców i nie pozwalają na definitywne stwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji. W tym kontekście Izba przywołuje orzecznictwo - wyrok KIO z 14.01.2015 r., sygn. akt: KIO 2826/14, czy też wyrok KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: "Identycznie należy odnieść się do kwestii złożenia nieprawdziwej informacji wobec nieprecyzyjności postanowień SIWZ będących ewentualną podstawą stwierdzenia takiej nieprawdziwości. W tym zakresie Izby wskazuje na wyrok z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706.11: "Art. 24 ust. 2 pkt 3 stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Czynność wykluczenia na podstawie przywołanego przepisu może być dokonana w razie kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji oraz wpływu informacji na wynik postępowania. Wpływ może mieć charakter bezpośredni (verba legis "mające wpływ"), gdy wprost rzutuje na wynik postępowania - wybór najkorzystniejszej oferty lub pośredni (verba legis "mogące mieć wpływ"), gdy na danym etapie postępowania wybór oferty jeszcze nie nastąpił, lecz informacje mają znaczenie dla możliwości uzyskania zamówienia przez danego wykonawcę. Informacja są nieprawdziwe kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji, w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należyta starannością rozumie je inaczej, niż zamawiający.". Podobnie Izba stwierdziła w wyroku KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12, czy też w wyroku KIO z dnia 03.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2005/13.". Niniejsze stanowisko zostało także przedstawione w wyroku KIO z 06.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1089/16, sygn. akt: KIO 1090/16, czy też wyrok KIO z 19.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1201/16.

Izba dodatkowo wskazuje, że w razie uznania naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zastosowanie miałyby art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie składu orzekającego, wydającego niniejsze

orzeczenie, nawet w braku takiego zarzutu w odwołaniu, z racji obligatoryjnego charakteru tego wezwania i konieczności wyczerpania procedury z tym związanej.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że gdyby przyjąć, że warunek jest niezrozumiały to i tak miałyby zastosowanie zasada zgodnie z którą wszelkie wątpliwości należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy, w tym wypadku Przystępującego. Zostało to celnie wskazane przykładowo w wyroku KIO z 16.04.2015 r. sygn. akt: KIO 660/15: *"Należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców"*. Podkreślono także w uchwale KIO z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, że: *"Reguła ta wynika z prawniczej paremii »In dubio contra proferentem« znaczącej w języku polskim »Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi«. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego"*. Podobnie w wyroku SO w Nowym Sączu z 18.03.2015 r., sygn. akt: III Ca 70/15: *"Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny; a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"* oraz w wyroku SO w Szczecinie z 07.03.2018 r. (sygn. akt. VIII Ga 102/18) wskazujący, że: *"Wyrażona w art. 7 ust 1 p.z.p. zasada, obecnie formułowana jako zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk [por. postanowienie TSUE z 13.07.2017 r. w sprawie C-35/17, Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o. o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Poznaniu; wyrok TSUE z 2.06.2016 r. w sprawie C-27/15, Pizzo v. CRGT Srl; wyrok TSUE z 7.04.2016 r. w sprawie C-324/14, Partner A. D. v. Zarządowi Oczyszczania Miasta, Monitor Prawniczy z 2016 r., Nr 11, s. 570; oraz wyrok TSUE z 10.05.2012 r. w sprawie C-368/10, Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów"*. Również Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 10 maja 2017 r. w sprawie VIII Ga 43/17 podkreślił, że: *"W przekonaniu Sądu należy w konsekwencji stwierdzić – przy uwzględnieniu ww. ugruntowanej w orzecznictwie zasady, że nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia (...) w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy – że stawiany przez zamawiającego warunek miał charakter otwarty."*

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu trzeciego, czwartego i piątego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu, w konsekwencji oddaleniu wcześniejszych zarzutów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 625 zł 75 gr, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....