

WYROK
z 20 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Beata Konik

Piotr Kozłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 17 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:
 - 1.1 Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,
 - 1.2 Wykluczenie z postępowania wykonawcy: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz odrzucenie jego oferty.
2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądzić od zamawiającego na rzecz odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Realizację robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizację robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Tychy – podg. Most Wisła w ramach projektu Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, etap I: linia E 65 na odcinku Tychy – Most Wisła”, numer: 9090/IRZR3/00318/00091/22/P, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 17 stycznia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 011-025033.

2 stycznia 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu i zarzucił Zamawiającemu:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Przystępujący), a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że w nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW (Tom I SWZ);
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec Przystępującego przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp, ponieważ Przystępujący, w wyniku rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Robót elektrycznych i elektroenergetycznych, które skłoniły Zamawiającego do uznania, że Przystępujący spełniał warunek udziału określony w pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW (Tom I SWZ);

3. art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. wykluczenia Przystępującego z postępowania i odrzucenia jego oferty;
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zgodnie z pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW (Tom I SWZ), Zamawiający wymagał w postępowaniu, aby wykonawcy dysponowali m.in. osobą na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych spełniającą następujące warunki:

Uprawnienia (kwalifikacja) zawodowe - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje kolejowe sieci trakcyjne,
Doświadczenie - posiada co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub inspektora nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w zakresie sieci trakcyjnej na robotach związanych z Budową lub Przebudową infrastruktury w zakresie sieci trakcyjnych.

Przystępujący 12 września 2022 r. złożył Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, w którym wskazał jako osobę dedykowaną na stanowisko Kierownika robót elektrycznych

i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych Pana T. A. (w ramach zobowiązania podmiotu Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o.), wskazując na potwierdzenie jego doświadczenia kontrakt na Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn i doświadczenie na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo Budowlane) w okresie: od września 2017 r. do grudnia 2020 r.

Doświadczenie na ww. kontrakcie było jedynym doświadczeniem Pana T. A. wskazanym przez Przystępującego w Wykazie osób z 12 września 2022 r. na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW.

Podczas badania oferty Przystępującego w postępowaniu, Zamawiający, który był również Inwestorem na wskazanym przez Przystępującego kontrakcie na Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn, stwierdził, że: Pan T. A. został na ww. kontrakcie uzgodniony przez Inwestora do pełnienia funkcji Kierownika Robót (Elektroenergetycznych i Sieci Trakcyjnej) 6 lutego 2018 r.

na podstawie zgłoszenia Wykonawcy (Torpol S.A.) z 24 stycznia 2018 r.

Zgodnie z protokołem odbioru końcowego nr OK.L216/1/2021 z 15 stycznia 2021 r., roboty na ww. kontrakcie zakończyły się 30 września 2020 r., a zgodnie z Protokołami odbiorów końcowych sieci trakcyjnej z 1 grudnia 2020 r. roboty w zakresie sieci trakcyjnej dla wskazanego wyżej kontraktu (a więc w zakresie Kierownika Robót Pana T. A.) zakończyły się jeszcze wcześniej, bo 14 sierpnia 2020 r.

Fakty powyższe były niesporne, a dodatkowo potwierdzały je dowody z następujących dokumentów:

1. Protokół odbioru końcowego nr OK.L216/1/2021 z 15 stycznia 2021 r.;
2. Protokoły odbioru końcowego sieci trakcyjnej z 1 grudnia 2020 r. nr OK.L216.02/ET/1/2020 i nr OK.L216.03/ET/1/2020;
3. Oświadczenie kierownika budowy o zakończeniu robót budowlanych z 11 sierpnia 2020 r.;
4. Oświadczenie Kierownika Robót Elektroenergetycznych z 11 sierpnia 2020 r.;

Pismem z 23 września 2022 r., Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, na jakiej podstawie wskazał on, że Pan T. A. od września 2017 r. zdobywał doświadczenie na stanowisku Kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej na wskazanym wyżej kontrakcie, skoro z wiedzy Zamawiającego wynikało, że dopiero 6 lutego 2018 r. pozytywnie uzgodnił zgłoszenie Pana T. A. do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych i sieci trakcyjnej na wskazanym kontrakcie, po pozytywnym zaopiniowaniu tego zgłoszenia przez Inżyniera Projektu 1 lutego 2018 r.

W odpowiedzi z 4 października 2022 r. Przystępujący poinformował Zamawiającego, że doświadczenie zdobywane przez Pana T. A. na stanowisku kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej od września 2017 r. zostało wskazane na podstawie zobowiązania przedstawionego przez firmę będącą jego pracodawcą - Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o., natomiast w procesie weryfikacji Przystępujący sprawdził wiarygodność powyższego terminu przez: weryfikację daty

podpisania umowy przez firmę Torpol S.A. (na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej spółki – „relacje inwestorskie” raport bieżący 58/2017), weryfikację opartą na innych źródłach tj. „Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nr 2017/S 183-375850; Przystępujący opierał się również na korespondencji ze Spółką Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu Sp. z o.o. Ponadto, Przystępujący, złożył dokumenty podmiotu PKP Energetyka S.A. na spełnienie wymaganego warunku, usiłując w trybie art. 122 Pzp wymienić Pana T. A. na inną osobę na stanowisko kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej.

Pismem z 25 października 2022 r., Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia, jakie roboty w zakresie sieci trakcyjnej, którymi kierował Pan T. A., wykonywane były po 14 sierpnia 2020 r. do grudnia 2020 r. na kontrakcie Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn, uzasadniając pytanie tym, że Zamawiający zweryfikował Protokoły odbiorów końcowych sieci trakcyjnej wraz z LPN z 1 grudnia 2020 r. dla wskazanego wyżej kontraktu i ustalił, że jako termin zakończenia tych robót na Protokołach widniała data 14 sierpnia 2020 r., a Przystępujący wykazując doświadczenie Pana T. A. na stanowisku Kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej wskazał jako datę końcową zdobytego doświadczenia na tym kontrakcie - grudzień 2020 r.

W odpowiedzi, pismem z 4 listopada 2022 r., Przystępujący poinformował Zamawiającego, że od 14 sierpnia 2020 r. do 30 grudnia 2020 r. Pan T. A. zajmował się przygotowaniem dokumentacji odbiorowej oraz wykonywał prace związane z usuwaniem wad i usterek wykazanych w protokołach odbiorów eksploatacyjnych i końcowych między innymi: poprawę połączeń uszyniających, przeniesienie uziomów słupów, przywrócenie działania zdalnego sterowania odłącznikami sieci wg oświadczenia Pana T. A.. Ponadto Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, że realizacja robót, a więc także rozpoczęcie biegu zdobywania przez Pana T. A. doświadczenia rozpoczęła się już od podpisania umowy.

Zdaniem Odwołującego Informacje podane przez Przystępującego w Wykazie osób z 12 września 2022 r., odnoszące się do tego, że Pan T. A. wskazany na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych spełniał wymóg podmiotowy z pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW, a więc że posiada wymagane 3-letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w zakresie sieci trakcyjnej na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych nabyte na jedynym wskazanym w Wykazie kontrakcie w okresie od września 2017 r. do grudnia 2020 r., były informacjami nieprawdziwymi. W rzeczywistości, Pan T. A. na wskazanym przez Przystępującego kontrakcie zajmował stanowisko Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) tylko w okresie od lutego 2018 r. do sierpnia

2020 r. (tj. od jego akceptacji przez Inwestora do pełnienia funkcji Kierownika Robót 6 lutego 2018 r. do zakończenia robót w zakresie sieci trakcyjnej 14 sierpnia 2020 r.).

Zgodnie z art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, kierownik robót (podobnie jak kierownik budowy) pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie i jest uczestnikiem procesu budowlanego, na którego Prawo budowlane nakłada daleko idące obowiązki administracyjne (wskazane odpowiednio w art. 22 Prawa budowlanego), których niewypełnienie podlega odpowiedzialności administracyjnej, w szczególności karnej (Rozdział 9 Prawa budowlanego) i zawodowej (Rozdział 10 Prawa budowlanego). Z uwagi na tą administracyjną odpowiedzialność osoby, której inwestor powierza funkcję kierownika robót, ustawa Prawo budowlane wymaga jednoznacznego zgłoszenia takiej osoby przez inwestora do właściwego organu nadzoru budowlanego wraz z przypisaniem tej osoby do konkretnej budowy (zakresu robót). Ponadto, osoba taka jest obowiązana posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane i potwierdzić przyjęcie powierzonej jej przez inwestora funkcji wobec organów nadzoru budowlanego, by nie było wątpliwości, kto i w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność administracyjną za wypełnianie na danej budowie obowiązków kierownika robót.

Zważywszy, że obowiązki wskazane w art. 22 i 23 Prawa budowlanego dla kierownika budowy stosuje się odpowiednio do kierownika robót, podnieść należy, że wszystkie wskazane w tych przepisach obowiązki odnoszą się do procesu budowlanego rozumianego jako wykonywanie robót budowlanych, a nie do etapu projektowego, ani do etapu usuwania wad po zakończeniu robót, w okresie rękojmi i gwarancji.

Powyższe koreluje z dyspozycją art. 42 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Prawa budowlanego, według którego przed rozpoczęciem robót budowlanych inwestor jest obowiązany ustanowić kierownika budowy w przypadku:

- a) robót budowlanych objętych decyzją o pozwoleniu na budowę,
 - b) budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1, 2-4, 9, 27 i 30 (...).
4. 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;

jak również z treścią IDW, która odnosiła się do „Budowy lub Przebudowy”, które zgodnie z ww. postanowieniem IDW należy rozumieć w taki sposób, jak określa to art. 3 pkt 6 i 7a Prawa budowlanego.

W żadnym z przytoczonych przepisów Prawa budowlanego nie ma mowy o etapie projektowania, ani o etapie usuwania wad w zakończonych już robotach, a tym samym nie ulega najmniejszej wątpliwości, że tylko i wyłącznie pełnienie funkcji kierownika budowy

czy kierownika robót na etapie wykonywania robót budowlanych odpowiadało postawionemu w SWZ warunkowi. Absurdem byłoby twierdzenie, że można nabywać doświadczenie na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu Prawa budowlanego) w czasie gdy nie są prowadzone roboty budowlane w rozumieniu Prawa budowlanego, a więc w okresie poprzedzającym rozpoczęcie robót budowlanych (na etapie projektowym) oraz w okresie następującym po zakończeniu robót budowlanych (na etapie rękojmi i gwarancji).

Istotnym było kiedy faktycznie nastąpiło w pełnienie przez Pana T. A. funkcji kierownika robót „w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane” - a więc dopiero po rozpoczęciu robót budowlanych, a przy tym po akceptacji przez Inżyniera i Zamawiającego (jako Inwestora). Cytowane postanowienia art. 42 Prawa budowlanego stanowią bowiem wyraźnie, że to Inwestor jest obowiązany ustanowić kierownika budowy oraz zapewnić ustanowienie kierownika robót, a zatem bez decyzji (akceptacji) Inwestora (ani przed nią) nie można mówić o pełnieniu funkcji Kierownika robót „w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane”.

Co oczywiste nie można samemu, ani w sposób dorozumiany, ustanowić się kierownikiem budowy „w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane” na cudzej budowie i nie można nabyć doświadczenia na stanowisku kierownika budowy „w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane” przed zgłoszeniem danej osoby Inwestorowi oraz przed zaakceptowaniem tej osoby i ustanowieniem jej kierownikiem budowy przez Inwestora (zgodnie z Prawem budowlanym). To samo dotyczy pełnienia funkcji kierownika robót. W tym znaczeniu warunek doświadczenia

„na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane)”, przewidziany w pkt 8.6.2 podpunkt 4 IDW był pojęciem znacznie węższym zakresowo niż doświadczenie tylko w faktycznym kierowaniu robotami, czy w wykonywaniu czynności na stanowisku pracy o nazwie „kierownik robót”. Spełnienie warunku z punktu 8.6.2 podpunkt 4 IDW wymagało zachowania przewidzianych w Prawie budowlanym procedur i aktów ustanowienia danej osoby na stanowisko Kierownika robót. Bez zachowania tych procedur i aktów osoba nie nabywała doświadczenia na stanowisku Kierownika robót w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane, a zatem nie spełniała warunku przewidzianego w SWZ.

Przystępujący, wbrew swoim późniejszym wyjaśnieniom, składając Wykaz osób z 12 września 2022 r. doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że wymóg z punktu 8.6.2 podpunkt 4 IDW sprowadza się w gruncie rzeczy do jego literalnej wykładni, a więc do pełnienia funkcji kierownika robót w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane, bo sam Przystępujący tłumaczył to jednoznacznie podmiotowi udzielającemu mu zasoby, tj. Zakładowi Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. w mailu z 12 września 2022 r. g. 6:55 (załączonym jako załącznik nr 2 do wyjaśnień Przystępującego z 4 października 2022 r.).

W oparciu o powyższe Odwołujący wskazał, że Przystępujący w konsekwencji przekazanych Zamawiającemu informacji wprowadził go w błąd, a w skutek tego podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 stycznia 2023 r. wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Bezspornym było, że Pan T. A. był kierownikiem robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej przy realizacji dot. linii kolejowej nr 216.

Wątpliwości Zamawiającego koncentrowały się zasadniczo na kwestii czasookresu pełnienia przez wskazaną osobę funkcji na tym zadaniu, a w szczególności od jakiej daty należało liczyć rozpoczęcie biegu doświadczenia i która data wyznaczała koniec tego okresu. Umowa na realizację linii nr 216 została podpisana 18 września 2017 r., co skutkowało przyjęciem przez Przystępującego, że z tym dniem Pan T. A. rozpoczął pełnienie funkcji kierownika robót.

Z uwagi na wskazanie w warunku udziału w postępowaniu, że osoba miała mieć doświadczenie na określonym stanowisku w rozumieniu Prawa budowlanego, Zamawiający wskazał, że było odniesienie tego czasookresu do przepisów Prawa budowlanego określających rozpoczęcie i zakończenie pełnienia funkcji w kontekście zamierzenia inwestycyjnego. Wynika to z faktu, że w warunku udziału nie wskazano na czasookres w odniesieniu do kierowania samymi robotami budowlanymi, co jest pojęciem węższym od pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie funkcji, która obejmuje szereg czynności wykraczających poza roboty sensu stricto.

Zakres podstawowych obowiązków kierownika robót (w rozumieniu Prawa budowlanego) został określony w art. 22 Prawa budowlanego i należą do nich m. in.:

- 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;

Jak wynika z przywołanego postanowienia art. 22 pkt 1 Prawa budowlanego, jednym z podstawowych obowiązków kierownika budowy jest protokolarne przejęcie terenu budowy.

Powyższe oznacza, że wykonanie tej czynności będzie oznaczać początek pełnienia funkcji. Przejęcie terenu budowy nastąpiło 23 listopada 2017 r., co oznacza, że tę datę należało uznać za datę rozpoczęcia pełnienia funkcji przez Kierownika budowy i odpowiednio kierowników robót, jeżeli zostali ustanowieni. Odwołujący nie kwestionuje przy tym, że Pan T. A. był w zespole Wykonawcy od samego początku realizacji umowy tj. od września 2017 r., co oznaczało, że również w odniesieniu do niego należało uznać datę 23 listopada 2022 r. za datę początkową pełnienia funkcji.

Odwołujący pominął okoliczności, które miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, próbując w sposób nieuzasadniony zawęzić „pełnienie funkcji kierownika robót” wyłącznie do czynności związanych z wykonywaniem robót sensu stricto, co nie znajduje odzwierciedlenia w przywołanym postanowieniu, które określa obowiązki kierownika robót szerzej.

Twierdzenie Odwołującego, że kierownik robót winien być zgłoszony do odpowiednich organów nadzoru budowlanego i dopiero wtedy można mówić o rozpoczęciu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, nie znajdowało oparcia w przepisach prawa.

Zgodnie z art. 41 ust. 4 pkt 1 i 2 Prawa budowlanego:

4. Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę, zgłoszenie budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b i 19a, lub zgłoszenie przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1b, organ nadzoru budowlanego oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, dołączając na piśmie:
 - 1) oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi), a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7;
 - 2) w przypadku ustanowienia nadzoru inwestorskiego - oświadczenie inspektora nadzoru inwestorskiego, stwierdzające przyjęcie obowiązku pełnienia nadzoru inwestorskiego nad danymi robotami budowlanymi, a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7;

Na inwestycji wskazanej dla wykazania doświadczenia przez Pana T. A. był ustanowiony kierownik budowy – jest to okoliczność bezsporna, na którą powołał się sam Odwołujący wskazując na dowód w postaci oświadczenia kierownika budowy o zakończeniu robót budowlanych z 11 sierpnia 2020 r. Z przywołanego przepisu wynika, że w przypadku, gdy na budowie jest ustanowiony kierownik budowy to obowiązek wskazany w art. 41 ust. 4 pkt 1 Prawa budowlanego dotyczy wyłącznie kierownika budowy, dopiero w razie braku

kierownika budowy materializuje się obowiązek dokonania odpowiednich zgłoszeń i oświadczeń ze strony kierowników robót.

Odnosząc się do kwestii zatwierdzenia Pana T. A. przez Zamawiającego wskazać należy, że zgodnie z przywołanym przez Odwołującego art. 42 ust. 1 pkt 2 i ust. 4 Prawa budowlanego, inwestor jest zobowiązany przed rozpoczęciem robót do ustanowienia kierownika budowy oraz zapewnienia ustanowienia kierownika robót w danej specjalności. Tym samym po stronie inwestora zidentyfikowane zostały dwa różne obowiązki w zależności od tego, czy chodzi o kierownika budowy czy kierownika robót. W odniesieniu do kierownika budowy niewątpliwym jest, że osoba pełniąca tę funkcję musi zostać ustanowiona przez inwestora, na co wskazał sam Odwołujący, przy czym Odwołujący bez żadnego wyjaśnienia wskazał, że to samo dotyczy kierownika robót, mimo, że treść przepisów wyraźnie wskazuje, że w odniesieniu

do kierowników robót, inwestor ma jedynie obowiązek zapewnić ich ustanowienie.

W ramach Umowy nr 90/105/0056/17/Z/I, Zamawiający w subkl. 1.1.2.12 Warunków Szczególnych Umowy, wskazał, że wykonawca może wyznaczyć do realizacji robót Kierowników robót odpowiedzialnych za wykonanie danych rodzajów Robót.

Co istotne, zgodnie z postanowieniami IDW, na etapie postępowania, Zamawiający nie wymagał wykazania dysponowaniem osobą na to stanowisko. Zgodnie z subkl. 6.9 Szczególnych Warunków Kontraktu, Zamawiający wymagał jedynie, aby osoby wchodzące w skład personelu wykonawcy posiadały stosowne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz zapewnił sobie prawo do weryfikacji doświadczenia, ale tylko w odniesieniu do osób, których wskazania wymagał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Skoro w postępowaniu poprzedzającym zawarcie Umowy nr 90/105/0056/17/Z/I Zamawiający nie wymagał wskazania osoby na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych i pozostawił całkowitą dowolność po stronie Wykonawcy w zakresie ustanowienia kierowników robót w poszczególnych branżach, a tym samym nie miał prawa weryfikować osoby zgłoszonej na to stanowisko, za wyjątkiem uprawnień – przy czym kwestia uprawnień Pana T. A. nie była w żaden sposób kwestionowana w odwołaniu. W związku

z powyższym kwestia akceptacji Pana T. A. 6 lutego 2018 r., w związku z przywołanymi powyżej przepisami Prawa budowlanego i warunkami Umowy była wyłącznie kwestią wewnętrzną i kontraktową pomiędzy stronami, natomiast nie wywoływała żadnych skutków na płaszczyźnie Prawa budowlanego i określenia czasu, od kiedy dana osoba zaczęła pełnić swoją funkcję.

Kwestia zatwierdzenia Pana T. A. na stanowisko przez Zamawiającego była wyłącznie kwestią na kanwie stosunku cywilnoprawnego, co nie miało żadnego wpływu na pełnienie danej funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego. Innymi słowy, zgłoszenie do Zamawiającego osoby, która nie została następnie przez niego zatwierdzona mogło powodować jedynie odpowiedzialność kontraktową za nienależyte wykonanie umowy, nie miało natomiast żadnego wpływu w sferze administracyjnej i nabywanego doświadczenia związanego z pełnieniem funkcji przez osobę, która faktycznie tę funkcję pełni.

Przystępujący w piśmie procesowym z 16 stycznia 2023 r. odniósł się do zarzutów odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,

2. oferty Przystępującego ze szczególnym uwzględnieniem Wykazu osób złożonego na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu,
3. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym w zakresie wyjaśnienia okresu w jakim Pan T. A. zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót (w rozumieniu Prawa budowlanego), tj. wezwania do wyjaśnień kierowane przez Zamawiającego do Przystępującego oraz odpowiedzi Przystępującego wraz z załącznikami.
4. dokumentów złożonych przez Strony i Przystępującego w charakterze dowodów załączonych do pism procesowych.

Izba ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w zakresie dotyczącym wezwań do wyjaśnień Wykazu osób kierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego, odpowiedzi na te wezwania oraz chronologii zdarzeń w ramach postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego w ocenie Izby odpowiada prawdzie. Po przeprowadzeniu dowodu z korespondencji Zamawiającego z Przystępującym dotyczącej wyjaśnień kwestii doświadczenia Pana T. A. Izba uznała, że sporna między stronami jest jedynie ocena skutków dokonanych przez Zamawiającego ustaleń.

Izba uznała tym samym za niesporne oraz potwierdzone dowodami następujące fakty dotyczące uczestnictwa Pana T. A. w realizacji zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn”:

1. Okres doświadczenia Pana T. A. wskazany przez Przystępującego w wykazie osób: „09.2017 r.-12.2020 r. kierownik robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej”.
2. 18 września 2017 r. zawarto umowę na realizację zadania Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn,
3. 23 listopada 2017 r. inwestor przekazał teren budowy wykonawcy,
4. 24 stycznia 2018 r. Pan T. A. zgłoszony został przez wykonawcę Torpol jako kierownik robót,
5. 6 lutego 2018 r. inwestor zaakceptował Pana T. A. jako kierownika robót,

6. 14 grudnia 2019 r. nastąpił odbiór techniczny sieci trakcyjnej,
7. 11 sierpnia 2020 r. oświadczenie Kierownika budowy o zakończeniu robót budowlanych,
8. 14 sierpnia 2020 r. - zakończenie robót według Protokołu Odbioru Końcowego OK.L216.02/ET/1/2020,
9. 30 września 2020 r. - zakończenie wszystkich robót według protokołu odbioru końcowego,
10. 15 stycznia 2021 r. - protokół odbioru końcowego,
11. 31 czerwca 2021 r. - zakończenie usuwania usterek.

Izba uznała za istotne dla rozstrzygnięcia następujące postanowienia SWZ (Tom I - IDW):

8.2 Zgodnie z art. 112 ust. 2 Ustawy, o udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...)

8.2.4 zdolności technicznej lub zawodowej.

8.6 Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu:

8.6.2 W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę:

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

4. Kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych - 1 osoba

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) - uprawnienia budowlane bez ograniczeń

do kierowania robotami budowlanymi których zakres obejmuje kolejowe sieci trakcyjne,

Doświadczenie - posiada co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w zakresie sieci trakcyjnej na robotach związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych.

W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę opisaną wyżej chronologię zadania Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn, datą, która stanowiła początek biegu doświadczenia Pana T. A. w rozumieniu warunku udziału w postępowaniu był 6 lutego 2018 r., tj. moment akceptacji kierownika robót przez inwestora, a końcową 14 sierpnia 2020 r. tj. zakończenie robót według Protokołu Odbioru Końcowego OK.L216.02/ET/1/2020.

W wezwaniu z 23 września 2022 r. do wyjaśnień skierowanym do Przystępującego Zamawiający wskazał: „Z wiedzy Zamawiającego wynika, iż Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. dopiero w dniu 06.02.2018 r. pozytywnie uzgodnił zgłoszenie Pana T. A. do pełnienia funkcji Kierownika robót elektrycznych i sieci trakcyjnej na wskazanym kontrakcie, po pozytywnym zaopiniowaniu tego zgłoszenia przez Inżyniera Projektu w dniu 01.02.2018 r.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy wzywam do wyjaśnienia, na jakiej podstawie Wykonawca wskazał, że pan T. A. zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej na wskazanym wyżej kontrakcie od 09.2017 r.?”

W odpowiedzi z 29 września 2022 r. Przystępujący wyjaśnił, „że:

- a) doświadczenie Pana T. A. na stanowisku kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej od 09.2017 r. zostało wskazane na podstawie zobowiązania przedstawionego przez firmę będącą jego pracodawcą - Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu Sp. z o.o. (spółki zależnej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.), spółki działającej jako profesjonalny podmiot realizujący prace inwestycyjne na liniach kolejowych również w zakresie sieci trakcyjnej i branż pokrewnych (zał. nr 1),
- b) w procesie weryfikacji Wykonawca sprawdził wiarygodność powyższego terminu poprzez:
 - weryfikację daty podpisania umowy przez firmę Torpol S.A. (na podstawie informacji zawartych na stronie internetowej spółki – „relacje inwestorskie” raport bieżący 58/2017) z którego wynikało, że umowa została podpisana 18.09.2017 r. co uprawdopodobniło dane zawarte w zobowiązaniu ZRK DOM w Poznaniu sp. z o.o.,
 - weryfikację opartą na innych źródłach tj. „Ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia nr 2017/S 183-375850 (...),
- c) spółka PNUIK opierała się również na korespondencji ze Spółką Zakład Robót Komunikacyjnych - DOM w Poznaniu sp. z o.o. z której treści wnioskowała o jednoznaczny spełnianiu wymogów kontraktowych w przedmiotowym zakresie (...).

Powyższe działania weryfikujące, mieszczące się w definicji starannego działania i najlepszej wiedzy jaką dysponowała nasza spółka, nie dawały podstaw do uznania przedłożonego przez ZRK DOM w Poznaniu sp. z o.o. zobowiązania za noszącego znamiona wadliwości,

a tym samym nie wzbudziły wątpliwości po stronie wykonawcy załączającego powyższe dokumenty w materiale ofertowym.

Oświadczamy, że na etapie składania dokumentów ofertowych nie byliśmy w posiadaniu wiedzy na temat przedstawionej przez Zamawiającego daty uzgodnienia zgłoszenia Pana T. A. na stanowisko kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej przy realizacji zadania (...).

Na skutek wystąpienia Zamawiającego Sygn. IRZR3.292.5.2022.IRE-01287-I.SB-S67 z dnia 23 września 2022r. skierowanego do PNUIK Kraków sp. z o.o, Wykonawca zwrócił się do Zakładu Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. z wnioskiem o wyjaśnienie przedstawionych wątpliwości Zamawiającego. W załączeniu przedstawiamy odpowiedź Zakładu Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. (zał. nr 3, zał. nr 4, zał. nr 5)”.

Wspomniane w odpowiedzi Przystępującego pismo Zakładu Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. zawierało m. in. następującą informację:

„Ze względu na rozbieżności w datach, które pojawiły się w doświadczeniu Pana T. A. na kontrakcie pn.: Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu „Prace na linii nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn” spółka Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. wyjaśnia, że są one wynikiem tego, iż Pan T. A. był od samego początku na wyżej wskazanym kontrakcie. Umowa nr 90/105/0056/17/Z/I (...) została podpisana 18.09.2017 r.

Z dniem podpisania umowy rozpoczął się proces realizacji kontraktu, w tym prace związane z przygotowaniem dokumentacji koncepcyjnej projektowej, prace organizacyjne i przygotowawcze. Pan T. A. uczestniczył w tych pracach i dlatego spółka Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. przyjęła za datę początkową doświadczenia datę podpisania umowy. Spółka przyjmując powyższe założenia jako pewne nie wykazała dalszego doświadczenia Pana T. A. na innych realizacjach (...).”

25 października 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do dalszych wyjaśnień dotyczących doświadczenia Pana T. A. i wskazał:

„Zamawiający zweryfikował Protokoły odbiorów końcowych sieci trakcyjnej wraz z LPN z dnia 01 grudnia 2020 r. dla wskazanego wyżej kontraktu i ustalił, że:

- jako termin rozpoczęcia robót na większości z nich widnieje data 27 grudnia 2017 r. (jest to również data wydania Zaświadczenia o przyjęciu do wiadomości zgłoszonych robót budowlanych przez Wojewodę Warmińsko – Mazurskiego oraz o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu w związku ze zgłoszeniem zamiaru wykonania

robót budowlanych, niewymagających pozwolenia na budowę, realizowanych w ramach tego zadania inwestycyjnego),

- jako termin zakończenia robót na Protokołach widnieje data 14 sierpnia 2020 r.

Wykonawca wykazując doświadczenie Pana T. A. na stanowisku Kierownika robót elektroenergetycznych i sieci trakcyjnej wskazał jako datę końcową zdobytego doświadczenia na tym kontrakcie - 12.2020 r.

W związku z powyższym proszę zatem o wyjaśnienie, jakie roboty w zakresie sieci trakcyjnej, którymi kierował Pan T. A. wykonywane były po 14.08.2020 r. do grudnia 2020 r. na kontrakcie Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn? Proszę o wskazanie konkretnej daty (dzień, miesiąc, rok), z którą faktycznie zakończyły się roboty w zakresie sieci trakcyjnej, którymi kierował Pan T. A.?”.

W odpowiedzi z 2 października 2022 r. Przystępujący w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego informacji wskazał:

- „Zakończenie robót w zakresie sieci trakcyjnej, którymi kierował Pan T. A. na przedmiotowym zadaniu nastąpiło w dniu 30.12.2020 r. - zgodnie z oświadczeniem Pana T. A. i pismem ZRK DOM sp. z o.o. Na powyższe wskazują również załączone do niniejszego pisma protokoły.
- W terminach od 14.08.2020 r. do 30.12.2020 r. na przedmiotowym zadaniu Pan T. A. zajmował się przygotowaniem dokumentacji odbiorowej oraz wykonywał prace związane z usuwaniem wad i usterek wykazanych w protokołach odbiorów eksploatacyjnych i końcowych między innymi: poprawa połączeń uszyniających, przeniesienie uziomów słupów, przywrócenie działania zdalnego sterowania odłącznikami sieci wg oświadczenia Pana T. A.”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Odwołujący słusznie twierdził, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do doświadczenia Pana T. A. opisanego w Wykazie osób oraz wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego.

Nie budzi wątpliwości fakt, że Pan T. A. pełnił funkcję kierownika robót przy realizacji kontraktu

Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu pn. Prace na linii kolejowej nr 216 na odcinku Działdowo – Olsztyn od jego początku do faktycznego końca, tj. do czasu usunięcia usterek. Podkreślenia wymaga jednak, że Zamawiający bardzo precyzyjnie określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych

z doświadczeniem w zakresie sieci trakcyjnych. Zamawiający wymagał, by kierownik robót legitymował się przynajmniej trzyletnim doświadczeniem zawodowym:

1. na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu Ustawy Prawo budowlane) w zakresie sieci trakcyjnej,
2. na robotach,
3. związanych z Budową lub Przebudową Infrastruktury kolejowej w zakresie sieci trakcyjnych.

Zgodnie z art. 3 Prawa budowlanego ilekroć w ustawie jest mowa o:

1. obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych;
6. budowie – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego;
13. dokumentacji budowy – należy przez to rozumieć pozwolenie na budowę wraz z załączonym projektem budowlanym, dziennik budowy, protokoły odbiorów częściowych i końcowych, w miarę potrzeby, rysunki i opisy służące realizacji obiektu, operaty geodezyjne i książkę obmiarów, a w przypadku realizacji obiektów metodą montażu – także dziennik montażu;

Wobec przytoczonych definicji z ustawy Prawo budowlane przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu nie może być interpretowany inaczej niż wąsko, tj. przez rozumienie słowa „budowa” w sposób ograniczony do faktycznego wykonania prac budowlanych. Taki sposób rozumienia warunku potwierdza dodatkowo wymóg, by doświadczenie kierownika robót zostało zdobyte „na robotach”. Wykonanie prac związanych z opracowaniem dokumentacji projektowej czy opiniowaniem na etapie tych prac nie może być zakwalifikowane jako roboty – zarówno przez pryzmat pojęć zawartych w Prawie budowlanym jak też Pzp.

Z załączonego do wyjaśnień Przystępującego z 29 września 2022 r. pisma Zakładu Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. jasno wynika, że podmiot ten zaliczył do doświadczenia Pana T. A. cały okres realizacji kontraktu, a nie tylko czas wykonywania robót budowlanych:

„Umowa nr 90/105/0056/17/Z/I (...) została podpisana 18.09.2017 r. Z dniem podpisania umowy rozpoczął się proces realizacji kontraktu, w tym prace związane z przygotowaniem dokumentacji koncepcyjnej projektowej, prace organizacyjne i przygotowawcze. Pan T. A.

uczestniczył w tych pracach i dlatego spółka Zakład Robót Komunikacyjnych – DOM w Poznaniu sp. z o.o. przyjęła za datę początkową doświadczenia datę podpisania umowy”.

W konsekwencji uznać należy, że przynajmniej od 29 września 2022 r. Przystępujący miał lub winien mieć świadomość, że doświadczenie Pana T. A. określone w Wykazie osób nie potwierdzało spełnienia przez niego wymogów Zamawiającego w zakresie warunku doświadczenia. Mimo to, w drugich wyjaśnieniach, z 2 października 2022 r. Przystępujący podtrzymał twierdzenie, że Pan T. A. spełniał warunki udziału w postępowaniu i przedstawił dodatkową argumentację mającą utwierdzić Zamawiającego w błędnym przekonaniu co do tego faktu (mimo, że wezwanie do drugich wyjaśnień dotyczyło końcowego, a nie początkowego okresu pełnienia przez Pana T. A. funkcji kierownika robót na kontrakcie):

„Na podstawie przedstawionych powyżej danych zaczerpniętych z protokołów (...) zasadnym jest stwierdzenie, że realizacja robót, a więc także rozpoczęcie biegu doświadczenia Pana T. A., rozpoczęła się już w dniu podpisania umowy (taka data została przyjęta przez zamawiającego w protokole nr OK.L216/1/2021 - 18.09.2017), nie zaś jak wskazuje Zamawiający 27.12.2017 r. Podkreślić należy, że pewne elementy prac, takie jak: inwentaryzacja stanu istniejącego, organizacja i budowa zaplecza, uzgadnianie dokumentacji, współpraca z projektantami, planowanie technologii robót, przygotowywanie zapotrzebowań materiałowych, mogły być wykonywane (tak miało miejsce w rozważanym przypadku) jeszcze przed wydanym zaświadczeniem Wojewody Warmińsko – Mazurskiego o przyjęciu

do wiadomości zgłoszonych robót oraz o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu w związku ze zgłoszeniem zamiaru wykonania robót budowlanych, niewymagających pozwolenia na budowę. Zarówno termin przekazania placu budowy wskazany w protokołach nr OK.L216.02/ET/1/2020, OK.L216.03/ET/1/2020, OK.L216/1/2021 przypadający na dzień 23.11.2017r. jak i przedstawiona w piśmie IRZR3.292.5.2022.IRE-01287-I.SB-S69 data 27.12.2017r. wskazują na wcześniejszą niż w piśmie nr IRZR3.292.5.2022.IRE-01287-I.SB.-S.67 (06.02.2018r.) datę rozpoczęcia realizacji zadania”.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

10. który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby działanie Przystępującego wypełniło przesłanki obu wskazanych norm prawnych.

Biorąc pod uwagę treść przytoczonych wyjaśnień Przystępującego z 29 września 2022 r. jasnym jest, że Przystępujący w sposób bezkrytyczny, tj. bez ich należytej weryfikacji, na potrzebę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia kierownika robót posłużył się informacjami otrzymanymi od podmiotu trzeciego. Tym samym Przystępującemu można przypisać lekkomyślność i niedbalstwo. Przy zachowaniu należytej staranności przy weryfikacji informacji pochodzących od podmiotu trzeciego oraz bardzo jasno sformułowanym warunku doświadczenia jest wysoce prawdopodobne, że Przystępujący uniknąłby błędu.

Treść wyjaśnień z 2 października 2022 r. daje natomiast podstawę do przypisania Przystępującego celowego działania, zmierzającego wprost do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Ponieważ Zamawiający wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą

w postępowaniu to jasnym jest, że zamiar Przystępującego się powiódł – Zamawiający błędnie uznał, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kierownika robót.

Z powyższych względów Izba uznała zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp za naruszenie tych przepisów przez Zamawiającego. Co za tym idzie potwierdziły się wszystkie zarzuty wskazane przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: