

Sygn. akt: KIO 998/18  
KIO 1008/18

**WYROK**  
z dnia 7 czerwca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Katarzyna Brzeska  
Przemysław Dzierzędzki  
**Protokolant:** Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2018 r. przez:

- 1) **Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie** (sygn. akt KIO 998/18),
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Salini Impregilo S.p.A z siedzibą w Mediolanie, Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 1008/18),

w postępowaniu prowadzonym przez **Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. z siedzibą w Toruniu,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 998/18 i KIO 1008/18,

**orzeka:**

I. Sygn. akt KIO 998/18:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

II. Sygn. akt KIO 1008/18:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Impregilo S.p.A, Salini Polska Sp. z o.o. i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4)-Lubawka, zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o dł. ok. 15.3 km.*

### Sygn. akt KIO 998/18

W dniu 21 maja 2018 r. wykonawca Astaldi S.p.A. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 12a, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ustalił w pkt 7.2 Instrukcji dla wykonawców m.in. na stanowisko kierownika budowy: *Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde (np. - przyp. Odwołującego) na stanowisku: „Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu.* Doświadczenie m.in. kandydata na stanowisko Kierownika Budowy zostało również wskazane w pkt 19.1.2.2. ppkt ii IDW jako jedno z kryteriów oceny ofert. Zamawiający sformułował to kryterium w następujący sposób: *Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu (...).* W zakresie punktacji za stopień spełnienia ustalonego kryterium punkty miały zostać przydzielone na następujących zasadach:

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

Odwołujący podniósł, że użyty przez Zamawiającego termin: *zadanie* należy utożsamić z uprzednio wykonaną umową, nazywaną także niekiedy kontraktem. Na takie rozumienie tego terminu wskazuje wykładnia literalna tego pojęcia użyta przez Zamawiającego zarówno w sformułowanym warunku, jak i podkryterium. Na takie właśnie rozumienie terminu *zadanie* wskazuje sam tytuł niniejszego postępowania. Należy przy tym wskazać, że osoba kandydująca na stanowisko kierownika budowy musiała być zatrudniona na tym zadaniu od rozpoczęcia robót. W odniesieniu do terminu *obiekt mostowy* Odwołujący wskazał, że Zamawiający charakteryzuje ten obiekt poprzez podanie jego wymaganych parametrów.

Zdaniem Odwołującego analiza powyższych terminów wskazuje, że premiovane doświadczenie kandydata na stanowisko kierownika budowy obejmować musiało pracę kandydata od początku rozpoczęcia robót do końca trwania umowy (kontraktu) zadania na stanowisku kierownika robót mostowych, lecz niekoniecznie pracę od początku do końca polegającą na budowie lub nadzorze nad wykonaniem danego obiektu mostowego. Taka wykładnia podkryterium jest zgodna z jego literalnym brzmieniem, a nadto proporcjonalna do przedmiotu zamówienia i zasadna z punktu widzenia praktyki kontraktowej. W trakcie trwania zadania (umowy, kontraktu) realizowanych jest wiele obiektów mostowych, nadzór nad których wykonaniem prowadzi zwykle grupa inżynierów mostowców.

Odwołujący podniósł, że zadeklarowany w ofercie Odwołującego kandydat do pełnienia funkcji kierownika budowy pan Michał Niziołek posiada wymagane przez Zamawiającego 24-miesięczne doświadczenie w pracy opisane w formularzu wykaz osób oraz wymagane dla podkryterium doświadczenie opisane w formularzu kryteria pozacenowe zdobyte na zadaniach: Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki oraz Kontynuacja Budowy Autostrady A1 Brzezie- Kowal, gdzie pełnił funkcję kierownika robót mostowych od początku realizacji robót do zakończenia zadań (kontraktów). Oba kontrakty obejmowały budowę każdy ponad 20 obiektów mostowych spełniających wymagania Zamawiającego ustalone dla tych obiektów. Dla obu kontraktów Zamawiającym jest GDDKiA, która posiada szczegółowe informacje m.in. dotyczące wielkości i ilości realizowanych obiektów, w tym obiektów

mostowych, a także wszelkie inne informacje dotyczące trybu realizacji przedmiotowych kontraktów.

Odwołujący wskazał, że został zobowiązany przez Zamawiającego do wyjaśnienia wątpliwości, jakie powziął w związku ze złożonym w ofercie oświadczeniem dotyczącym zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki. Zamawiający powołał się na okoliczność, że najwcześniejszy wpis pana Michała Niziołka do dziennika budowy jest późniejszy od daty rozpoczęcia robót na tym zadaniu. Odwołujący w piśmie z 27 lutego 2018 r. wyjaśnił, że kandydat na stanowisko kierownika budowy rozpoczął pracę na tym kontrakcie w sierpniu 2010 r. Do wyjaśnień dołączył stosowane świadectwo pracy wydane przez firmę SRB, z którego jednoznacznie wynika, że kandydatowi powierzono wykonywanie funkcji kierownika robót mostowych począwszy od 02.08.2010 r. do 31.12.2012 r. Świadectwo pracy zostało wydane przez lidera konsorcjum, z którym została zawarta umowa na budowę tego odcinka autostrady, z czego Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, gdyż to z nim właśnie został zawarty przedmiotowy kontrakt. Tym samym wyjaśnił w sposób niebudzący wątpliwości w jakim terminie i w związku z jakim kontraktem rozpoczął pracę. Kolejne świadectwo pracy wydane przez John Sisk & Son, firmy należącej do konsorcjum budowy tego odcinka autostrady, również potwierdza ciągłość pracy do 31.01.2013 r., a zatem do całkowitego zakończenia kontraktu polegającego na budowie przedmiotowego odcinka autostrady. Na dowód tego Odwołujący przedłożył wyciąg z Raportu końcowego sporządzonego w październiku 2012 r. z Budowy Autostrady A1 na odcinku od Węzła Kowal do Węzła Sójki. Odwołujący w ww. piśmie wyjaśnił także kwestię dotyczącą braku możliwości dokonywania wcześniejszych oficjalnych wpisów do dziennika budowy, wskazując, że sytuacja ta spowodowana była zaniechaniem samego Zamawiającego, który wraz z zawarciem umowy 9 lipca 2010 r. na budowę tego odcinka autostrady nie wprowadził równocześnie na budowę Inżyniera Kontraktu – inwestora zastępczego, co spowodowało brak możliwości wprowadzenia inspektorów nadzoru inwestorskiego. Tym samym w początkowym okresie obowiązywania umowy korespondencja była prowadzona przez Kierownika Budowy (ze strony Wykonawcy) oraz Kierownika Projektu (ze strony Zamawiającego), który od 06.08.2010 r. do 18.10.2010 r. sam pełnił funkcję inspektora nadzoru robót mostowych. Odwołujący podniósł, że wykonawca zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki po wprowadzeniu na kontrakt Inżyniera Kontraktu wielokrotnie zgłaszał Zamawiającemu kandydatów do pełnienia funkcji kierowników robót mostowych, jednakże opieszałość Zamawiającego spowodowała znaczne opóźnienia w ich zatwierdzeniu i formalnym wpisaniu do dzienników budów. Również i z tych faktów Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę bowiem był inwestorem przedmiotowego kontraktu.

Zdaniem Odwołującego, wskazane w piśmie Zamawiającego z 11 maja 2018 r. rzekome uchybienia w podaniu informacji na temat doświadczenia kandydata są oparte na błędnej wykładni sformułowanego przez samego Zamawiającego warunku i podkryterium. Zamawiający w sposób niedopuszczalny dokonał zmiany postawionego warunku i podkryterium, utożsamiając zadanie z obiektem mostowym i stwierdził, że dla spełnienia podkryterium kandydat winien udowodnić nadzór nad realizowanym obiektem mostowym od początku do końca budowy. Rozumowanie Zamawiającego w tym względzie wykazuje duże niespójności, bowiem niekiedy mówi o konieczności wykonywania prac od początku kontraktu, niezależnie od faktu kiedy rozpoczęła się realizacja robót czy obiektów mostowych, innym razem wskazuje na konieczność realizacji nadzoru nad konkretnym obiektem mostowym do samego końca wybudowania tego obiektu. Zamawiający utożsamia tym samym rozpoczęcie zadania z koniecznością rozpoczęcia nadzoru nad wykonywaniem konkretnego obiektu mostowego, co jest niezgodne, zarówno z literalną wykładnią podkryterium, jak i harmonogramem prac na tym zadaniu.

Odwołujący podkreślił, że stanowisko Zamawiającego zawarte w informacji o wykluczeniu i we wcześniejszym piśmie wzywającym do wyjaśnień są wewnątrznie sprzeczne. Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zwrócił się o usunięcie rozbieżności w zakresie początku wykonywania robót mostowych na obiekcie WD 200 na zadaniu Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki wskazując, że najwcześniejszy wpis do dziennika budowy pana Michała Niziołka dla tego obiektu to 21 lutego 2011 r. Podana data jest niespójna z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w piśmie o wykluczeniu, gdzie podaje, że najwcześniejszy wpis na tym obiekcie jest z dnia 1 marca 2011 r. Ponadto Zamawiający podał w wezwaniu z 23 lutego br., że początek robót datuje się na 6 sierpnia 2010 r., natomiast w informacji o wykluczeniu widnieje data 19 listopada 2010 r. jako wpis inspektora nadzoru zezwalający na rozpoczęcie robót.

Odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego zawartego w informacji o wykluczeniu, że pan Michał Niziołek nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na obiekcie WD 200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, Odwołujący oświadczył, że na tym obiekcie funkcję kierownika robót mostowych pełniło kilka osób, tak jak funkcję inspektora nadzoru robót mostowych ze strony Zamawiającego także pełniło kilka osób. Fakt niepełnienia przez pana Michała Niziołka funkcji kierownika robót mostowych na obiekcie WD 200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania nie ma żadnego znaczenia w kontekście wymagań Zamawiającego. Ponadto Odwołujący w żadnym dokumencie nie twierdził, że pan Niziołek pełnił tę funkcję w odniesieniu do tego obiektu od początku do końca. Na marginesie Odwołujący stwierdził, że ww. osoba pełniła nadzór np. nad obiektem mostowym WD 201, spełniającym wymagania postawione przez Zamawiającego, od początku wykonywania robót

do zakończenia zadania. Fakt ten jednak, w świetle postawionych przez Zamawiającego warunków i ustalonych podkryteriów oceny ofert, nie ma żadnego znaczenia, stąd Odwołujący wskazuje go niejako dla celów poznawczych.

Odwołujący wskazał, że w odniesieniu do podanych w ofercie i wyjaśnieniach informacji dotyczących budowy Autostrady A1 Kowal-Sójki nie był przez Zamawiającego wzywany do dalszych wyjaśnień. W szczególności nie był wzywany do udzielenia wyjaśnień odnośnie nadzorowanych przez kandydata na stanowisko kierownika budowy obiektów mostowych. Zamawiający nie wzywał zatem Odwołującego do wyjaśnienia, czy i który z obiektów realizowanych w ramach zadania był od początku do końca nadzorowany przez kandydata na stanowisko kierownika budowy, co Odwołujący uznał za naturalne wobec niepostawienia takiego wymagania przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, zarzut Zamawiającego mający być podstawą do sformułowania wniosku o wprowadzeniu go w błąd co do rozpoczęcia i zakończenia zadania, nie znajduje oparcia w ustalonych przez Zamawiającego warunkach i podkryteriach, gdzie zadaniem jest umowa (kontrakt), a nie budowa obiektu mostowego. Tym samym podstawa wykluczenia z postępowania oparta jest na błędnych przesłankach. Wykonawca podał zarówno w ofercie, jak i w wszystkich późniejszych pismach informacje całkowicie prawdziwe, z których jednak Zamawiający wyprowadził niesłuszne wnioski.

W odniesieniu do doświadczenie kandydata na stanowisko kierownika budowy przy zadaniu Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal, Odwołujący wskazał, że Zamawiający zobowiązał go do wyjaśnień podając, że pan Michał Niziołek nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych na tym zadaniu. Odwołujący wyjaśnił w piśmie z 3 marca 2018 r., że zadanie, do którego odnosił się w formularzach kryteria pozacenowe oraz wykaz osób stanowiło kontynuację wcześniej rozwiązanej przez GDDKiA umowy i stąd we wcześniejszej umowie nie znajduje się wzmianka o panu Michale Niziołku. Osoba ta była kierownikiem robót mostowych na tym kontrakcie od początku realizacji robót do zakończenia zadania. Odwołujący wyjaśnił także zaangażowanie pana Niziołka na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, tj. od lutego 2013 r. Kontrakt na kontynuację budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal został zawarty 3 kwietnia 2013 r. i trwał do końca grudnia 2014 r. Wyjaśnienia Odwołującego odnosiły się wyłącznie do zakresu wątpliwości Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 30 marca 2018 r.

Odwołujący wskazał, że z informacji o wykluczeniu go z postępowania wynika, że podstawą tej decyzji było wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do uczestniczenia pana Michała Niziołka od początku do końca w nadzorze nad obiektami mostowymi WD 175, WD 180 oraz WD 186. Odnosząc się do tej okoliczności Odwołujący podniósł, że w żadnym ze



złożonych dokumentów nie złożył oświadczenia w tym zakresie, oświadczenie to nie było bowiem wymagane ani na potwierdzenie ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, ani kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie mógł zatem wprowadzić Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Ponadto fakty, na które powołuje się Zamawiający, nie stanowią podstawy oceny ofert ani w zakresie ustalonych przez Zamawiającego warunków, ani kryteriów oceny ofert. Tym samym ustalenia Zamawiającego w przedmiocie zakresu nadzorowanych przez pana Michała Niziołka prac nie mają żadnej doniosłości prawnej.

Ponadto Odwołujący zakwestionował ustalenie Zamawiającego, jakoby pan Michał Niziołek rozpoczął pracę na tym kontrakcie w kwietniu 2014 r. Pan Niziołek, zgodnie z świadczeniem zawartym w obu formularzach i złożonych wyjaśnieniach, rozpoczął pracę na tym kontrakcie jeszcze przed oficjalnym podpisaniem umowy. Na stanowisko kierownika robót mostowych został powołany w dniu zawarcia umowy, czyli od 04.03.2013 r. i wykonywał tę funkcję do końca zadania czyli do końca grudnia 2014 r. Nadzorował wykonywanie obiektów mostowych od początku robót na tym zadaniu do końca zadania w odniesieniu do następujących obiektów: WD 188, WA 189, WD 190, WA191. Odwołujący wskazał, że wykonawca zadania Budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal 22.04.2013 r. zgłosił Zamawiającemu kandydatów do pełnienia funkcji kierowników robót, w tym pana Michała Niziołka jako kierownika robót mostowych, jednakże opieszałość Zamawiającego spowodowała znaczne opóźnienia w ich zatwierdzeniu i formalnym wpisaniu do dzienników budów. Zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę z tych faktów, gdyż był inwestorem przedmiotowego kontraktu.

Zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do niego nie zaistniała przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że dla zastosowania tej przesłanki orzecznictwo KIO uznaje za celowe odwołanie się do linii orzeczniczej wypracowanej na tle poprzednio obowiązującego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, według którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z tego przepisu wynikało zatem, że wykluczenie na tej podstawie wykonawcy z postępowania możliwe jest w razie łącznego zaistnienia dwóch przesłanek: po pierwsze – wykonawca złożył nieprawdziwe, czyli nieodpowiadające rzeczywistości informacje, po drugie – informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Art. 24 ust. 2 pkt 3, podobnie jak aktualnie obowiązujący art. 24 ust. 1 pkt 17, nie ustala jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w przypadku informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego również na gruncie

wskazanego przepisu ustawy Pzp adekwatny jest pogląd Sądu Najwyższego (sygn. akt II CKN 1095/99), zgodnie z którym pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznymi) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”).

Odwołujący podniósł, że możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu Zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji, musi być dokonywana zgodnie z art. 355 § 1 Kc, zgodnie z którym 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 (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). 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 (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie nie podał żadnych nieprawdziwych informacji dotyczących pana Michała Niziołka jako kierownika robót mostowych w kontraktach: Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki i Kontynuacja Budowy Autostrady A1 Brzezie-Kowal. W obu kontraktach osoba ta pełniła tę funkcję od początku wykonywania robót lub nawet wcześniej aż do zakończenia zadania. Oba kontrakty obejmowały wykonanie wymaganej wielkości obiektów mostowych i nadzór nad ich wykonaniem. Wreszcie doświadczenie pana Michała Niziołka w pełnieniu funkcji kierownika robót mostowych jest dłuższe niż wymagane przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonując oceny ofert zastosował inne niż przewidziane w ogłoszeniu i SIWZ warunki i kryteria oceny ofert, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1, art. 12a Pzp oraz art. 91 ust. 7 ustawy Pzp. Zamawiający, zamiast badać, czy deklarowany na stanowisko kierownika budowy kandydat pełnił wcześniej jedną z możliwych funkcji np. kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót danego zadania do zakończenia tego zadania, badaniu poddał kwestię, czy kierownik robót mostowych rozpoczął pracę nad nadzorem konkretnego obiektu mostowego poprzez wpis do dziennika budowy w tym samym dniu, w którym nastąpiło rozpoczęcie robót kontraktowych. Takie podejście jest niezgodne z ustalonym wymaganiem, a ponadto nielogiczne, gdyż niezgodne z harmonogramem robót kontraktowych. Zamawiający nie badał, czy kandydat pełnił swą funkcję do zakończenia kontraktu, lecz czy nadzorował wykonanie konkretnego obiektu mostowego do końca prac dotyczących tego obiektu, po raz drugi dokonując zmiany

ustalonego wcześniej wymagania. W konsekwencji dokonanej przez siebie zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert wyprowadził błędne wnioski ze złożonych przez Odwołującego oświadczeń, a na koniec konsekwencjami swych czynów obarczył Odwołującego.

Odwołujący powołał się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wskazał, że Zamawiający obowiązany jest do wezwania wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w pełnym zakresie, jeśli zatem Zamawiający miał jakiegokolwiek dalsze wątpliwości odnośnie oświadczeń złożonych wraz z ofertą lub wcześniejszych wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego, obowiązany był do skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień, a nie interpretowania lub pomijania informacji złożonych we wcześniejszych pismach wykonawcy. Nieuprawnione było zaniechanie pozyskania przez Zamawiającego informacji koniecznej do oceny oferty i dokonanie oceny oferty wyłącznie w oparciu ustalenia samego Zamawiającego, które okazały się niepełne i całkowicie błędne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: Mosty Łódź S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

#### Sygn. akt KIO 1008/18

W dniu 3 kwietnia 2018 r. wykonawca Salini Impregilo S.p.A wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 17 i ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że jego oferta zawierała prawdziwe informacje dotyczące doświadczenia pana Jacka Mindura przy realizacji budowy Autostrady A1 na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków, które Zamawiający powinien uznać za odpowiadające zarówno warunkowi udziału w postępowaniu (pkt 7.2.3 lit. b ppkt 2 IDW), jak i podkryterium Personel Wykonawcy – Kierownik Budowy (pkt 19.1.2.2.2 ppkt ii IDW). Podane informacje nie wprowadziły i nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, gdyż Odwołujący konsekwentnie, zarówno w złożonej ofercie jak i w wyjaśnieniach z 14 marca 2018 r. podtrzymywał pierwotną treść tych informacji, zgodnych z rzeczywistością oraz odpowiadających wymaganiom Zamawiającego. W świetle

postanowień IDW, Odwołujący w sposób całkowicie uzasadniony i prawidłowy podał takie doświadczenie osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, które jest wystarczające zarówno dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, jak i przyznania ofercie dodatkowych punktów.

Odwołujący wskazał, że wśród postanowień IDW do doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy odnosiły się zarówno postanowienia regulujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jak i postanowienia określające sposób stosowania kryteriów oceny ofert. Wyrażenie *do wykonania zadania*, na które Zamawiający powołuje się w informacji o wykluczeniu, w odniesieniu do Kierownika Budowy zostało zastosowane wyłącznie w pkt 19.1.2.2.2 ppkt ii. IDW, przy czym punkt ten dotyczy Podkryterium oceny ofert o nazwie „personel Wykonawcy - Kierownik Budowy” i odwołuje się w swej treści zbiorczo do doświadczenia Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych oraz Inżyniera Kontraktu, które mogą podlegać punktacji w ramach tego podkryterium. Pomiedzy Zamawiającym a Odwołującym istnieje spór co do tego, w jaki sposób należy interpretować wyrażenie *do wykonania zadania* w odniesieniu do Kierownika Budowy, przy czym istnienie rozbieżności interpretacyjnych zostało jednoznacznie potwierdzone przez Zamawiającego dopiero na etapie przekazania informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Obecnie można jedynie przypuszczać (gdyż Zamawiający nie przekazał jasnego stanowiska w zakresie przyjętej wykładni pojęcia *do wykonania zadania*), że rozbieżności interpretacyjne wynikają z faktu, iż przywołane wyrażenie:

- zostało użyte kilkakrotnie w postanowieniach IDW, lecz Zamawiający nie posługuje się nim konsekwentnie;
- w odniesieniu do Kierownika Budowy występuje wyłącznie w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert;
- w odniesieniu do Kierownika Budowy wyrażenie to nie występuje w ogóle w postanowieniach dotyczących warunków udziału w postępowaniu, choć to właśnie w tych postanowieniach Zamawiający używa go najczęściej (w pkt 7.2.3. lit. b pojęcie to odnosi wyłącznie do wybranych kategorii osób wskazywanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału (np. Kierownika Robót Mostowych), lecz nie pojawia się w odniesieniu do Kierownika Budowy.

Odwołujący przedstawił następujące zestawienie postanowień IDW:

Jakiego podmiotu dotyczy?	Pkt IDW	Warunek/kryterium?	Użyte wyrażenie	Czy Zamawiający doprecyzował wyrażenie?
Wykonawca	7.2.3 lit. a	Warunek	„musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w	TAK - Jako wykonanie

			wykonaniu (zakończeniu) (...) 1 zadania”	(zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (...)”
Kierownik Budowy	7.2.3 lit. b ppkt 2	Warunek	„minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań”	NIE
Kierownik Robót Drogowych	7.2.3 lit. b ppkt 3	Warunek	„doświadczenia przy realizacji 1 zadania (...) od rozpoczęcia robót do zakończenia funkcji”	TAK - Jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji.
Kierownik Robót Mostowych	7.2.3 lit. b ppkt 4	Warunek	„doświadczenia przy realizacji 1 zadania obejmującego budowę obiektów mostowych (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania”	TAK - Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie do wystawienia Świadectwa Przejęcia wg Klauzuli 10.1 WK FIDIC (dla Kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC), Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (...)*
Kierownik Budowy	19.1.2.2.2 lit. ii.	Kryteria	„Doświadczenie (...) od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu (...) lub inżyniera Kontraktu	NIE

Odwołujący wskazał, że zarówno w postanowieniach IDW (pkt 19.1.2.2.2), jak i w treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień jednoznacznie podkreślano, że *Podkryterium personel Wykonawcy dotyczy doświadczenia personelu Wykonawcy, wyższego niż wskazanego w pkt 7.2.3.b pkt 1, 2*, tj. dotyczącego m.in. Kierownika Budowy, na poziomie wyższym niż wskazany w opisie warunku udziału w postępowaniu. W ten sposób Zamawiający przesądził, że postanowienia dotyczące kryteriów oceny należy interpretować przez pryzmat postanowień opisujących odpowiednie warunki udziału w postępowaniu. Kluczowe znaczenie ma przy tym fakt, że w pkt 19.1.2.2.2 lit. ii. IDW Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że *doświadczenie personelu wyższe niż wskazane* w opisie warunku udziału w postępowaniu rozumiane jest w ten sposób, że dodatkowe punkty zostaną przyznane wykonawcy za wskazanie 1, 2 lub więcej zadań, w ramach których każdorazowo Kierownik Budowy zdobył wymagane (warunkiem udziału w postępowaniu) 24-miesięczne doświadczenie na odpowiednim stanowisku. Powyższa interpretacja jest jedyną możliwą logicznie do przyjęcia, co Odwołujący zobrazował w następujący sposób:

JEŻELI	W odniesieniu do Kierownika Budowy warunek udziału w postępowaniu brzmi: „minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic kasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu”
ORAZ	Zamawiający wyjaśnia, że doświadczenie oceniane w ramach kryteriów oceny ofert należy interpretować przez pryzmat treści warunku, zaś dodatkowe punkty będą przyznawane za zwielokrotnienie zadań, przy realizacji których wykonawca zdobył doświadczenie wymagane w treści warunku.
TO	w świetle zasad logicznego rozumowania interpretacja spornych postanowień powinna być następująca: Zamawiający przyzna punkty za wykazanie 1, 2 lub więcej zadań spełniających cechy określone w treści warunku, tj. jeżeli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej jednego obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu

Odwołujący podkreślił, że jedną z wynikających z art. 7 ustawy Pzp dyrektyw wiążących każdego zamawiającego, jest obowiązek kształtowania postanowień SIWZ z poszanowaniem zasad językowej racjonalności. Zakłada się mianowicie, że zawarte w SIWZ wyrażenia są używane świadomie i konsekwentnie, a wszelkie definicje czy

„doprecyzowania” określają specyficzny (szczególny) sposób interpretacji poszczególnych zwrotów. Jednocześnie wszelkie definicje/doprecyzowania należy konsekwentnie stosować wyłącznie do tych jednostek redakcyjnych, dla których definicje te zostały skonstruowane, nie rozszerzając ich na pojęcia użyte poza zakresem ich zastosowania wynikającym z przyjętej systematyki. W ocenie Odwołującego logicznie da się uzasadnić wyłącznie wniosek, że zawarte w pkt 19.1.2.2.2 lit ii. IDW wyrażenie *do wykonania zadania* użyte w odniesieniu do Kierownika Budowy:

- nie może być interpretowane jako *do zakończenia pełnienia funkcji Kierownika Budowy*, gdyż w świetle systematyki IDW odniesienie do funkcji zostało przyjęte wyłącznie dla Kierownika Robót Drogowych (por. pkt 7.2.3. lit. b ppkt 3 IDW),
- nie może być interpretowane jako *od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia, Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu*, gdyż w świetle systematyki IDW takie rozumienie zostało zarezerwowane wyłącznie dla Kierownika Robót Mostowych (pkt 7.2.3. lit. b ppkt 4 IDW),
- powinno być interpretowane w sposób autonomiczny, odmienny od wskazanych powyżej.

Odnosząc się do samego zwrotu od rozpoczęcia robót do zakończenia zadania użytego w pkt 19.1.2.2.2 ppkt ii. IDW, Odwołujący stwierdził, że z samej jego treści niezbitnie wynika, że wymagane w treści warunku doświadczenie miało być zdobyte w okresie od rozpoczęcia robót do wykonania zadania. Wyrażenie to zostało bowiem użyte w tej części pkt 19.1.2.2.2 ppkt ii. IDW, która opisuje zadanie, przy którym zdobyte zostało doświadczenie, a nie odnosi się do samego doświadczenia, gdyż to zostało już opisane w treści warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy dla spełnienia tego wymogu wystarczające jest, że osoba wskazana przez wykonawcę, *w okresie od rozpoczęcia robót do zakończenia danego zadania* przez co najmniej 24 miesiące zdobywała doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy.

Zdaniem Odwołującego, przywołane postanowienia IDW skłaniają do przyjęcia, że podstawą zarówno do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i przyznania dodatkowych punktów w ramach podkryterium *Personel Wykonawcy – Kierownik Budowy*, jest wykazanie 1, 2 lub więcej zadań spełniających cechy określone w treści warunku, tj. jeżeli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku/stanowiskach Kierownika Budowy. Odwołujący stwierdził, że dokładnie takie zadanie i związane z nim doświadczenie wskazał Odwołujący w odniesieniu do pana Jacka Mindura. Doświadczenie to wykazuje bowiem następujące cechy:

- od rozpoczęcia robót do wykonania zadania polegającego na kierowaniu budową wskazanego odcinka Autostrady A1,
- Jacek Mindur zdobywał doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy przy realizacji tego zadania,
- przez okres co najmniej 24 miesiące, tj. od dnia 8.07.2010 r. do dnia 10.07.2012 r.

Przedstawione powyżej ich rozumienie utrzymywało także w sytuacji, gdy w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z 8 marca 2018 r. Zamawiający po raz kolejny niekonsekwentnie posłużył się wyrażeniem *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*, stwierdzając: *Zgodnie z wiedzą Zamawiającego na zadaniu pn. Budowa (...) Pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od 06.2010 (od rozpoczęcia robót) do 05.2012 r.* W związku z tym Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko i skorygował informacje Zamawiającego stwierdzając w wyjaśnieniach, że to umowa została podpisana w dniu 18 czerwca 2010 r, natomiast samo rozpoczęcie robót nastąpiło później i w konsekwencji Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Robót od 10 lipca 2010 r., co zresztą zostało potwierdzone przez upoważnionego pracownika GDDKiA Oddział w Łodzi.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym kryterium oceny ofert Zamawiający nie sprecyzował jak należy rozumieć sformułowanie *do wykonania zadania*, wokół którego zaistniał spór, to nie można całkowicie wykluczyć przyjęcia również innej interpretacji, niż przedstawiona powyżej przez Odwołującego, odbiegającej od rozumienia przyjmowanego przez samego Zamawiającego. Jak bowiem wynika z treści różnych postanowień IDW, Zamawiający nie dość, że nie zdefiniował we właściwym miejscu ww. pojęcia, to w całej IDW w sposób niekonsekwentny i w różnym układzie (połączeniu) używa słów *roboty/zadanie/stanowisko/funkcja*, a nawet kluczowych słów *wykonanie/zakończenie* i to zarówno w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy jaki i jego personelu. Brak precyzji po stronie Zamawiającego w sytuacji, gdy używane przez niego pojęcie *zadania* nie posiada definicji, mógł wywołać uzasadnione rozbieżności interpretacyjne, co z kolei mogło powodować przekazywanie przez wykonawców informacji, które nie do końca okazywały się zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, co jednak nie powinno kwalifikować takich działań jako przekazywanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. Jest to o tyle ważne, że w praktyce każde z przywołanych powyżej pojęć może mieć inne znaczenie, zależnie od tego, czy używane jest w odniesieniu do doświadczenia samego wykonawcy, czy poszczególnych osób i pełnionych przez nich specjalistycznych funkcji, jak również zważywszy na odmienny tryb czy etapowość realizacji poszczególnych inwestycji, a co czasami wynika z czynników niezależnych od wykonawców i ich specjalistów. Przykładowo, jak to miało miejsce w przypadku Odwołującego, Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy na wskazanym w Formularzu *Kryteria pozacenowe*



Zadaniu nr 2 od początku realizacji robót budowlanych do wykonania zadania na stanowisku Kierownika Budowy, które to zadanie dla Pana Mindura zakończyło się na pełnionej przez niego funkcji Kierownika Budowy wraz z upadłością podmiotu, który tą funkcję mu powierzał.

Odwołujący stwierdził, że dana inwestycja może składać się z wielu zadań realizowanych w różnym trybie i przy udziale różnych specjalistów, zaś każdy z nich może w ten sposób zdobyć doświadczenie pozwalające mu na udział w niniejszym postępowaniu, przy czym wykonanie przez nich przypisanego im dla danej funkcji zadania nie musi oznaczać zakończenia realizacji całej inwestycji, w ramach której zadanie to realizowali. Postanowienia IDW sformułowane przez Zamawiającego okazały się zaś tak dalece nieprecyzyjnie, że wykonawcy mieli problem nie tylko z ustaleniem znaczenia zwrotu *do wykonania zadania*, lecz nawet ze zdefiniowaniem pojęcia *od rozpoczęcia robót*.

Zdaniem Odwołującego, zarzucając podanie informacji rzekomo nieprawdziwych i nieodpowiadających wymaganiom, Zamawiający naruszył art 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Informacje dotyczące doświadczenia Jacka Mindura są zgodne z rzeczywistością, a przy tym spełniają wymogi określone w IDW. Wykazany powyżej brak precyzji i konsekwencji po stronie Zamawiającego przy formułowaniu postanowień IDW nie może obciążać Odwołującego, zaś Zamawiający nie może stawiać tak daleko idących zarzutów w oparciu o treść IDW, która jest niejasna, przez co jest interpretowana w sposób odmienny przez Zamawiającego i przez wykonawców. Świadczy o tym przede wszystkim liczba wykonawców wykluczonych z postępowania pod zarzutem podania informacji wprowadzających w błąd. W zaistniałej sytuacji można co najwyżej mówić o ewentualnych niezgodnościach informacji z oferty z wyobrażeniem Zamawiającego co do znaczenia spornych postanowień IDW, których jednak Zamawiający nie sformułował w sposób konsekwentny i jasny. W konsekwencji nie można mówić o podaniu informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd, można zastanawiać się jedynie czy są podstawy do przyznania dodatkowych punktów.

Odwołujący podniósł z daleko posuniętej ostrożności, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że doświadczenie Jacka Mindura zdobyte przy realizacji zadania obejmującego budowę Autostrady A1 na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków nie spełniało wymagań określonych przez Zamawiającego w postanowieniach dotyczących kryteriów oceny ofert – co jednak nie jest prawdą – to i tak wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp byłoby oczywiście bezzasadne. Uznając bowiem, że Odwołujący nie wykazał punktowanego doświadczenia personelu Zamawiający powinien był przyznać wykonawcy 0 pkt w ramach tego kryterium, zamiast podejmować decyzję o wykluczeniu. W przypadku przyjęcia przeciwnej interpretacji, Zamawiający musiałby wykluczyć każdego wykonawcę, który z jakichkolwiek powodów nie

wykazałby, że deklarowane doświadczenie w ramach ww. kryterium odpowiada wymogom Zamawiającego. Tymczasem w treści IDW Zamawiający jednoznacznie zapewnił, że za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania oraz za zadanie, które nie potwierdza w pełni spełnienia powyższych wymagań wykonawca otrzyma 0 punktów. Wynika z tego, że wykluczając Odwołującego Zamawiający postępuje wbrew swojej jednoznacznej deklaracji zawartej w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie wystarczy wykazanie, że wykonawca podał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Aby możliwe było wykluczenie w oparciu o ten przepis, Zamawiający musiałby wykazać, że:

- Odwołującemu można przypisać winę co najmniej w formie lekkomyślności lub niedbalstwa;
- w wyniku działań Odwołującego nastąpił skutek w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd;
- przekazanie nieprawdziwych informacji miało potencjalnie istotny – a nie jakikolwiek – wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu przez Zamawiającego.

Tymczasem, nawet przyjmując założenie, że zadeklarowane przez Odwołującego doświadczenie Kierownika Budowy Jacka Mindura nie spełniało wymagań określonych przez Zamawiającego, należy dojść do wniosku, że żadna z wyżej wskazanych przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie została spełniona. W świetle okoliczności niniejszego postępowania nie można Odwołującemu postawić zarzutu choćby nieumyślnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, Odwołujący przekazał bowiem Zamawiającemu informacje zgodne z przyjętą – i w ocenie Odwołującego prawidłową – interpretacją postanowień SIWZ, a przy tym oczywiście zgodne z prawdą podając, że na przedmiotowym zadaniu Jacek Mindur pełnił funkcje Kierownika Budowy w okresie 8 lipca 2010 - 10 lipca 2012. Podkreślić również należy, że na gruncie przepisów polskiego prawa cywilnego domniemywa się, że uczestnicy stosunku cywilnoprawnego postępują w dobrej wierze. Ciężar dowodzenia w zakresie wzruszenia tego domniemania spoczywa na podmiocie kwestionującym dobrą wiarę. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które podważałyby fakt, że Odwołujący działając w dobrej wierze podał informacje zgodnie z prawdą i w zaufaniu do przyjętej interpretacji postanowień SIWZ. Kluczowe jest przy tym, że pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym istnieją istotne rozbieżności w zakresie interpretacji postanowień IDW, co jednak wskutek zaniechań Zamawiającego ujawniło się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W tym kontekście można by najwyżej hipotetycznie stwierdzić, że Odwołujący być może nie wskazał doświadczenia wymaganego przez GDDKiA, lecz z pewnością działał w zaufaniu do przedstawionej powyżej interpretacji postanowień IDW, która jest jedyną możliwą logicznie

do zastosowania. Tymczasem w orzecznictwie KIO jednoznacznie wskazuje się, że pozostawanie stron w sporze co do wykładni postanowień SIWZ wyklucza możliwość postawienia Odwołującemu zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Ponadto Odwołujący podniósł, że przekazane przez niego informacje nie wywołały i nie mogły wywołać skutku w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co należy rozumieć jako stan rozbieżności pomiędzy rzeczywistością, a wyobrażeniem zamawiającego o niej lub jej odbiciu. W konsekwencji z treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wywodzi się, że informacje, które nie powodują rozbieżności pomiędzy wyobrażeniem Zamawiającego a rzeczywistością nie wywołują błędu po stronie Zamawiającego. Zatem należy stwierdzić, że Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, od momentu złożenia oferty, poprzez złożenie wyjaśnień, aż do momentu wniesienia odwołania. Odwołujący konsekwentnie podawał prawdziwe informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy Jacka Mindura. Zarazem również Zamawiający posiadał wszelkie niezbędne informacje na temat sposobu interpretacji przez Odwołującego spornych postanowień SIWZ, doświadczenia Kierownika Budowy (Zamawiający posiadał pełną wiedzę na temat doświadczenia wskazanego przez Odwołującego, gdyż zadanie inwestycyjne, przy którym Jacek Mindur zdobył wymagane, 24-miesięczne doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy realizowane było na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z oddziałem w Łodzi). Odwołujący powołał się na orzeczenia Izby, z których wynika, że nie może być mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd w sytuacji, gdy zamawiający posiada informacje dotyczące rzeczywistego stanu rzeczy.

Odwołujący wskazał, że dla dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp konieczne jest również wykazanie wpływu rzekomo błędnych informacji przekazywanych przez wykonawcę na decyzje zamawiającego i to wpływu istotnego. W orzecznictwie przyjmuje się, że przekazanie błędnej informacji przez wykonawcę może wywrzeć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy potencjalnie informacje te mogą rzutować na wynik postępowania. W niniejszej sprawie informacje dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy przekazane przez Odwołującego nie wywarły i nie mogły wywrzeć wpływu na wynik postępowania. Informacje przekazane przez Odwołującego są w pełni znane Zamawiającemu i miał on możliwość ich zweryfikowania w toku postępowania w oparciu o posiadane przez siebie dane. Zamawiający w żadnym stopniu nie wykazał zaistnienia tej wpływu tych informacji na wynik postępowania. Ponadto, niezależnie od tego czy Odwołującemu przysługują dodatkowe punkty w związku ze wskazaniem doświadczenia

Jacka Mindura, wykazując to doświadczenie Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, czego Zamawiający nie kwestionuje.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, że w orzecznictwie KIO podkreśla się, że zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco wyjaśniać, jakie przyczyny legły u podstaw konkretnej decyzji zamawiającego. Obowiązek ten wiąże się z koniecznością zapewnienia, aby wykonawca, który nie zgadza się z decyzją zamawiającego mógł podjąć środki niezbędne dla zabezpieczenia swoich interesów w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest to szczególnie istotne w przypadkach stawiania wykonawcy daleko idących zarzutów wprowadzania zamawiającego w błąd w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, jako podlegających wąskiej interpretacji może być stosowany wy łącznie w przypadkach wyjątkowych, w których zaistnienie przesłanek wskazanych w ww. przepisie nie budzi wątpliwości. Wobec tego uzasadnienie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie może być lakoniczne i w sposób ogólnikowy odnosić się do przesłanek wykluczenia, co miało niestety miejsce w odniesieniu do Odwołującego. Tymczasem w decyzji o wykluczeniu przekazanej przez Odwołującemu nie wykazano i nie wyjaśniono, na jakich podstawach Zamawiający stwierdził, że spełnione zostały przesłanki do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. W szczególności Zamawiający nie wykazał w jaki sposób informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy Jacka Mindura miałyby:

- wprowadzić Zamawiającego w błąd, tj. wywołać rozbieżność pomiędzy rzeczywistością a wyobrażeniem GDDKiA;
- wywrzeć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i na czym ten istotny wpływ miałby polegać;
- świadczyć o możliwości przypisania Odwołującemu winy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa.

Zamawiający jedynie lakonicznie wskazał w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu, że *informacje przedstawione przez Wykonawców w powyższych dokumencie tj. w Formularzu „Kryteria pozacenowe” mogą w sposób istotny wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert.* Nie wiadomo jednak, na czym ten istotny wpływ polega oraz jak będzie on rzutował na wynik postępowania, zważywszy na to, że Zamawiający posiadał jako inwestor spornego zadania szczególną wiedzę pozwalającą zweryfikować otrzymane informacje, a ponadto że dotyczyło ono wyłącznie doświadczenia dodatkowo punktowanego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem zgodnych z prawdą informacji wskazanych w ofercie w odniesieniu do Kierownika Budowy Jacka Mindura i przyznanie Odwołującemu należyj liczby punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: Mosty Łódź S.A., Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że w pkt 7.2.3 lit. b ppkt 2 Instrukcji dla wykonawców Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, określając następujące wymagania:

*wymagana liczba osób: 1*

*doświadczenie zawodowe:*

*Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowych o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto każde na stanowisku/stanowiskach:*

*Kierownika Budowy*

*lub*

*Kierownika Robót Drogowych dla odcinka od długości min. 4 km*

*lub*

*Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu*

*lub*

*Inżyniera Kontraktu.*

W punkcie 19.1.2.2. ppkt ii IDW Zamawiający określił kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia Kierownika Budowy:

*Maksymalna liczba punktów – 3*

*Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 000 000 PLN netto od rozpoczęcia robót do wykonania zadania na stanowisku/stanowiskach: Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 4 km lub Kierownika Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz długości co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu lub Inżyniera Kontraktu.*

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

Podstawą wykluczenia z postępowania obu Odwołujących był przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Okolicznością faktyczną mającą uzasadniać wykluczenie było podanie nieprawdziwego oświadczenia w zakresie podlegającego punktacji doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy.

W przypadku obu odwołań stan faktyczny był bezsporny, a istotą sporu była interpretacja wymogu dotyczącego określenia *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*. Wykładnia tego właśnie sformułowania, użytego w punkcie 19.1.2.2. ppkt ii IDW, była źródłem odmiennych twierdzeń Zamawiającego i Odwołujących co do spełniania lub niespełniania wymagań opisanych w ww. postanowieniu SIWZ, a w konsekwencji – co do kwestii prawdziwości oświadczenia złożonego przez Odwołujących w formularzu *Kryteria pozacenowe*.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący podał jako osobę przeznaczoną do funkcji Kierownika Budowy pana Michała Niziołka. W Formularzu *Kryteria pozacenowe* Odwołujący przedstawił następujące doświadczenie tej osoby:

- 1) Budowa Autostrady A-1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km): Kierownik Robót Mostowych. Zadanie obejmowało budowę m.in.: wiadukt drogowy WD175 klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD180, klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 60m; wiadukt drogowy WD186, klasa obciążenia A, rozpiętość przęsła 80m.
- 2) Budowa Autostrady A-1, Kowal-Sójki (dł. Odcinka drogi 29,95 km), Kierownik Robót Mostowych, wiadukt drogowy WD200.

Pismem z 23 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zadania Budowa Autostrady A1 Kowal-Sójki, wskazując, że najwcześniejszy wpis pana Michała Niziołka do dziennika budowy jest późniejszy od daty rozpoczęcia robót na tym zadaniu. Odwołujący pismem z 27 lutego 2018 r. wyjaśnił: Pan Michał Niziołek prace na kontrakcie: *Budowa Autostrady A1 Toruń-Stryków, Węzeł Kowal-Węzeł Sójki, rozpoczął w sierpniu 2010 r. (...) Wykonywanie robót mostowych rozpoczęto na przełomie września i października 2010 roku, przedtem wpisów dokonywał Kierownik Budowy. (...) Po wprowadzeniu na budowę Inżyniera Kontraktu (firma ZBM) i powołaniu Inspektora Nadzoru Pan Niziołek został oficjalnie zgłoszony do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych i zaakceptowany na to stanowisko.*

Pismem z 30 marca 2018 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących zadania Budowa Autostrady A1 Brzezie-Kowal, wskazując, że zgodnie z wiedzą Zamawiającego dla zadania pn. *„Budowa Autostrady A-1 Brzezie-Kowal (dł. odcinka drogi 29,55 km)”* umowa podpisana została 17 czerwca 2010 r., natomiast w dniu 6 września 2012r. odstąpiono od umowy z wykonawcą. Na ww. zadaniu Pan Michał Niziołek nie był zgłoszony na stanowisko Kierownika Robót Mostowych. Funkcję Kierownika Robót Mostowych pełnił Pan Błażej Nowaczyk. Odwołujący wyjaśnił, że: *informując o doświadczeniu Pana Michała Niziołka (...) miał na myśli jego udział w realizacji zadania pn. „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń-Stryków Odcinek III: Brzezie - Kowal od Inn 186+348 do km 215+850” (...), podczas realizacji którego pan Michał Niziołek pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych od początku do końca trwania tego Kontraktu. Wcześniej Kontrakt o nazwie „Budowa Autostrady A1 Toruń-Stryków (...) realizowało inne Konsorcjum,*

*które nie wykonało robót i w związku z tym w dniu 06.09.2012 r. od umowy odstąpiono. Mimo że umowa z Konsorcjum Salini została podpisana dnia 3 kwietnia 2013 r., to jednak pan Niziołek rozpoczął prace przygotowawcze już w lutym 2013 r. Odcinek Trasy Głównej został oddany do użytku dnia 30.04.2014, ale roboty wykończeniowe, dokumentacja powykonawcza oraz rozliczenie budowy trwało do grudnia 2014 roku.*

W dniu 11 maja 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zadania Kontynuacja Budowy Autostrady A1 na odcinku Brzezie-Kowal Zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące poszczególnych wiaduktów (WD175, WD180 i WD186), podając informacje dotyczące dat rozpoczęcia robót na tych obiektach i zakres wykonanych prac. Zamawiający wskazał, że umowa dotycząca zadania Kontynuacja Budowy Autostrady A1 na odcinku Brzezie-Kowal została podpisana 3 kwietnia 2013 r., natomiast:

- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD175 pełnił pan Marcin Wróbel i pan Stanisław Klóska; pan Michał Niziołek przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r.; zakres prac nadzorowanych przez Pana Michała Niziołka to między innymi: roboty antykorozyjne i malarskie, montaż osłon dylatacji,
- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD180 pełnił pan Stanisław Klóska; pan Michał Niziołek przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r.; zakres prac nadzorowanych przez Pana Michała Niziołka to między innymi: roboty antykorozyjne i malarskie, ułożenie ścieków, montaż osłon dylatacji,
- do 10 kwietnia 2014 r. funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD186 pełnił kolejno pan Piotr Wiśniowski i pan Stanisław Klóska; pan Michał Niziołek przejął obowiązki Kierownika Robót Mostowych 10 kwietnia 2014 r.; zakres prac nadzorowanych przez Pana Michała Niziołka to między innymi: próbne obciążenie obiektu, montaż barier, schodów, umocnienie stożków i montaż kolektora odwodnienia obiektu, powłoki malarskie, ułożenie ścieków, montaż osłon dylatacji.

Podsumowując powyższe ustalenia Zamawiający stwierdził, że *pan Michał Niziołek na zadaniu pn. „Kontynuacja budowy Autostrady A1 Toruń-Stryków. Odcinek III: Brzezie - Kowal od km 186+348 do km 215+850” wiadukt drogowy WD175, WD 180 i WD 186 nie pełnił funkcji Kierownika Robót Mostowych od rozpoczęcia robót.*



W odniesieniu do zadania Budowa Autostrady A1 na odcinku Kowal-Sójki Zamawiający, odnosząc się do złożonych przez Odwołującego wyjaśnień wskazał: *Do cytowanego pisma Wykonawca załączył dwa Świadczenia Pracy potwierdzające, iż Pan Michał Niziołek był zatrudniony w firmie SRB Polska Sp. z o.o. ul. Świętokrzyska 5/7, 00-236 Warszawa w okresie od 02-08-2010 do 31-12-2012 na stanowisku Kierownika Budowy Mostów oraz w firmie JOHN SISK&SON POLSKA Sp. z o.o. ul. Świętojańska 5/7, 00-236 Warszawa w okresie od 01-01-2013 do 31-01-2013 na stanowisku Kierownika Budowy Mostów (Autostrady). Przedłożone dokumenty nie potwierdzają jednak w sposób jednoznaczny, że Pan Michał Niziołek faktycznie pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych na obiekcie WD200 od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.*

Odnosząc się do powyższego stanu faktycznego w pierwszej kolejności podkreślić należy, Zamawiający ma obowiązek określić warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w sposób jasny i precyzyjny, są to bowiem postanowienia, które bezpośrednio przekładają się na możliwość udziału w postępowaniu oraz na szanse na uzyskanie zamówienia. Doprecyzowywanie tych postanowień, czy tym bardziej nadawanie im znaczenia niewyrażonego w SIWZ, dopiero na etapie oceny ofert, jest niedopuszczalne i godzi w wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Chociaż w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wyraził wprost takiej wykładni, to z podanych przez niego podstaw faktycznych wykluczenia wynika, że rozpoczęcie robót i wykonania zadania wiązał z robotami na danym obiekcie mostowym wykonywanym w ramach określonego kontraktu. Taką wykładnię potwierdza też stanowisko Zamawiającego przedstawione w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby brak jest podstaw do takiego rozumienia wymagań, jak to przedstawił Zamawiający na etapie oceny ofert i w postępowaniu odwoławczym. Interpretacja taka nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ.

Zamawiający, w odniesieniu do wymaganego w punkcie 19.1.2.2. ppkt ii IDW doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy, nie zdefiniował, co rozumie przez rozpoczęcie robót i wykonanie zadania i nie wskazał, z jakim konkretnie momentem należy wiązać rozpoczęcie robót czy z jaką czynnością faktyczną lub zdarzeniem prawnym należy wiązać wykonanie zadania. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji określonego zadania, od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, m.in. na stanowisku Kierownika Robót Mostowych dla obiektu o określonych parametrach, to nie ma żadnych podstaw, aby utożsamiać wymagany okres doświadczenia z konkretnym obiektem mostowym. Określenie *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* – w świetle brzmienia

punktu 19.1.2.2. ppkt ii IDW i przy braku odmiennych definicji – odnosi się do zadania, nie zaś obiektu wykonanego w jego ramach. Jak bowiem wynika z treści SIWZ, zadanie miało obejmować budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic określonej klasy i określonej wartości. Nie ma wątpliwości, że tak rozumiane zadanie obejmuje wykonanie różnych obiektów różnego rodzaju, w tym może obejmować wiele obiektów mostowych. Dla spełnienia tak określonych wymagań w ocenie Izby wystarczające jest, że określona osoba pełniła od początku do końca konkretnego przedsięwzięcia budowlanego (rozumianego jako wykonanie określonego odcinka autostrady) funkcję Kierownika Robót Mostowych, okolicznością obojętną jest natomiast, czy pełniła tę funkcję w odniesieniu do konkretnego obiektu przez cały okres robót na tym obiekcie. Tym samym twierdzenie Odwołującego, że okres *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* należy powiązać z umową/kontraktem, jest w świetle postanowień SIWZ uzasadniony, natomiast podane przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie interpretacje, jako że nie miały odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ, nie mogą zostać uwzględnione na etapie badania ofert.

Należy również zauważyć, że w odniesieniu do innych funkcji Zamawiający zdefiniował pojęcie *wykonania zadania* jako wystawienie świadectwa przejęcia (pkt 7.2.3 lit. a w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, czy pkt. 7.2.3 lit. b ppkt 4 w odniesieniu do kierownika robót mostowych). Oznacza to, że w tych przypadkach Zamawiający wprost wiązał to określenie z wykonaniem kontraktu. Mimo braku analogicznej definicji w opisie doświadczenia osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy, również w tym przypadku należy przyjąć, że Zamawiający miał na myśli – niezdefiniowane co do konkretnego momentu – ale jednak wykonanie zadania jako całości. Skoro więc wykonaniem zadania jest wykonanie kontraktu, to trudno obronić tezę, że rozpoczęciem robót jest początek budowy jednego z obiektów, nie zaś rozpoczęcie robót w ramach całego zadania.

Warto również zauważyć, że sposób interpretacji wymagań prezentowany przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym nie wynikał nie tylko z postanowień SIWZ, ale nie został również zaprezentowany w treści kierowanych do Odwołującego wezwań do wyjaśnień, w związku z czym wykonawca nie miał możliwości odnieść się w wyjaśnieniach do tych kwestii.

Jeżeli oczekiwaniem Zamawiającego było, aby doświadczenie osoby mającej pełnić funkcję Kierownika Budowy w pracy na stanowisku kierownika robót mostowych obejmowało pełnienie funkcji od początku do końca w odniesieniu do konkretnego obiektu budowlanego, to nic nie stało na przeszkodzie, żeby opisać to w SIWZ. Przyjmując nawet za uzasadnione stanowisko Przystępującego o celowości takiego wymagania, stwierdzić należy, że interpretacja celowościowa nie może być tak odległa od brzmienia wymagań, aby prowadzić

do nadania im treści niewyrażonych w SIWZ, a w konsekwencji do nakładania na wykonawców sankcji w postaci wykluczenia z postępowania.

Odwołujący nie podał w ofercie informacji, że pan Michał Niziołek na wskazanych obiektach mostowych pełnił funkcję kierownika robót mostowych od rozpoczęcia robót na tych obiektach do zakończenia zadania, działał bowiem w usprawiedliwionym – zdaniem Izby – przekonaniu, że nie ma to znaczenia dla spełnienia wymagań opisanych w SIWZ. Niezasadne jest twierdzenie, że składając oświadczenie o tym, że osoba ta posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. Nawet jeśli informacje te rozmięły się z rozumieniem opisu podkryterium przyjętym przez Zamawiającego na etapie badania ofert, to brak jest podstaw do przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa, jego interpretacja wymagań była bowiem usprawiedliwiona. W ocenie Izby, odnosząc sposób działania Odwołującego do obiektywnego wzorca należytej staranności profesjonalnego wykonawcy, nie można zarzucić mu naruszenia reguł działania, a tym samym nie można twierdzić, że przedstawiając informacje, że pan Michał Niziołek ma doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że wykluczając Odwołującego z postępowania, Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez jego bezpodstawne zastosowanie. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 998/18 – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

#### Sygn. akt KIO 1008/18

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący podał jako osobę przeznaczoną do funkcji Kierownika Budowy pana Jacka Mindura. W Formularzu Kryteria pozacenowe Odwołujący przedstawił m.in. następujące doświadczenie tej osoby: Budowa Autostrady A1, na odcinku granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła Stryków od km 230+817 do km 295+850 Zadanie II. Odcinek 2 Sekcja 1 od km 245+800 do km 261+000 węzeł Sójki-węzeł Kotlisko, Kierownik Budowy.

Pismem z 8 marca 2018 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie do wyjaśnień: *Zgodnie z wiedzą Zamawiającego na zadaniu pn. „Budowa Autostrady A1, na odc. Granica województwa kujawsko-pomorskiego/łódzkiego do węzła*

*Stryków” Pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy w okresie od 06.2010r. (od rozpoczęcia robót) do 05.2012 r. Świadcstwo Przejęcia zostało wystawione na dzień 12.11.2012 r. Tym samym Pan Jacek Mindur nie pełnił ww. funkcji od rozpoczęcia robót do wykonania zadania tj. wystawienia Świadcstwa Przejęcia. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie wskazanych rozbieżności w zakresie doświadczenia zawodowego Pana Jacka Mindur. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, pismem z 14 marca 2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że (...) pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy do zakończenia umowy z wykonawcą, na rzecz którego pracował do zakończenia robót zasadniczych na tym zadaniu. Ponadto stwierdził, że Pan Jacek Mindur pracował do zakończenia zadania wzięło się również stąd, że termin zakończenia umowy przewidziany był na dzień 30-04-2012 r. (...) Jako zakończenie funkcji należy rozumieć zakończenie wszystkich zadań przypisanych danej funkcji i realizowanych w ramach danej funkcji. Wykonawca potwierdza zatem, że pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy od rozpoczęcia budowy do zakończenia zasadniczych robót budowlanych na zadaniu, które z powodu upadłości firmy dla której pracował, zostało zakończone przez innego wykonawcę 4 miesiące później w zakresie robót wykończeniowych i pozyskania pozwoleń niezbędnych do uzyskania Świadcstwa Przejęcia (...).*

W dniu 11 maja 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił swoje ustalenia dotyczące okresu pełnienia funkcji Kierownika Budowy przez pana Jacka Mindura (8 lipca 2010 r. - 10 lipca 2012 r.) oraz datę wystawienia Świadcstwa Przejęcia (12 listopada 2012 r.). Zamawiający wskazał m.in., że pan Jacek Mindur nie pełnił funkcji Kierownika Budowy do wykonania zadania, co powoduje, że oświadczając w formularzu Kryteria pozacenowe, że osoba ta legitymuje się wymaganym doświadczeniem, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu wobec czego zasadnym jest wykluczenie Wykonawcy na podstawie ww. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

W ocenie Izby działanie Odwołującego naruszało reguły należytej staranności. Odwołujący, wiedząc, że umowa, w ramach której pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy nie została wykonana z powodu upadłości firmy, dla której pracował (czyli zadanie nie zostało wykonane) oświadczył, że osoba ta spełnia określone przez Zamawiającego wymaganie doświadczenia obejmującego pełnienie funkcji Kierownika Budowy od rozpoczęcia robót do wykonania zadania.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu taką interpretację wymagań w tym zakresie, z którą nie sposób się zgodzić. Powołał się on na treść warunku udziału w postępowaniu,

który w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy nie zawierał sformułowania *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* i stwierdził, że skoro punkty w ramach podkryterium są przyznawane za doświadczenie wyższe niż określone w ramach warunku, to wymagania dotyczące podkryterium są spełnione, jeśli wykonawca wykaże, że przy realizacji każdego z takich zadań wskazana osoba zdobyła minimum 24 miesiące doświadczenia na stanowisku m.in. Kierownika Budowy. Innymi słowy, ze stanowiska Odwołującego zdaje się wynikać, że skoro warunek udziału w postępowaniu nie wymagał doświadczenia zdobytego *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania*, to w ramach podkryterium punktowaniu podlegało doświadczenie odpowiadające brzmieniu warunku (tj. bez względu na fakt *wykonania zadania*), nie zaś brzmieniu opisu podkryterium. W ocenie Izby taka interpretacja jest całkowicie nieuzasadniona i stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ. Okoliczność, że w ramach warunku udziału w postępowaniu nie było sformułowania *od rozpoczęcia robót do wykonania zadania* nie może prowadzić do pominięcia treści wprost wyrażonej w opisie podkryterium, gdzie takie sformułowanie się znalazło. Zamawiający w opisie podkryterium dodał dodatkowy element oceny doświadczenia, do czego był uprawniony. Punkty przysługiwały za doświadczenie przekraczające minimum wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale takie, które spełnia wymagania określone w opisie podkryterium. W znacznej części były one tożsame, Zamawiający dodał jednak element dotyczący rozpoczęcia robót oraz wykonania zadania i elementu tego nie można pominąć. Nieuprawnione jest wyprowadzanie odmiennych wniosków ani z postanowień IDW (pkt 19.1.2.2.2), ani z treści udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, w których Zamawiający wyjaśniając, co jest przedmiotem redukcji ceny kontraktowej wskazał, że *podkryterium personel Wykonawcy dotyczy doświadczenia personelu Wykonawcy, wyższego niż wskazanego w warunku udziału w postępowaniu*. Przyznawanie punktów za doświadczenie wyższe niż opisane w warunku oznacza bowiem tyle, że za wymagane minimum punkty nie będą przyznane. Nie sposób jednak wywodzić z tego, że treść warunku anuluje wymagania wprost zawarte w opisie podkryterium.

W ocenie Izby wykonawca działający z należytą starannością musiał mieć świadomość, że doświadczenie Kierownika Budowy wymagane w ramach podkryterium musi zostać zdobyte od rozpoczęcia robót do wykonania zadania, jeśli zatem zadanie, rozumiane jako wybudowanie określonego odcinka autostrady, nie zostało przez wykonawcę wykonane, to nie został spełniony wymóg opisany w SIWZ. Tym samym oświadczając w formularzu *Kryteria pozacenowe*, że pan Jacek Mindur posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium, zdobyte w ramach zadania przy budowie Autostrady A1 na odcinku węzeł Sójki-węzeł Kotliska, Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Nawet jeżeli działał on w przekonaniu, że wystarczające jest 24-miesięczne doświadczenie i nie stoi na

przeszkodzie spełnieniu wymagań fakt, że umowa nie została wykonana, to przekonanie to w żadnej mierze nie było nieusprawiedliwione.

Stwierdzić także należy, że stanowiska Odwołującego nie usprawiedliwia fakt niezdefiniowania przez Zamawiającego określenia *wykonania zadania* w odniesieniu do doświadczenia Kierownika Budowy. Niezależnie od tego, jaką czynność faktyczną lub okoliczność prawną (zakończenie robót, wystawienie Świadectwa Przejęcia czy uzyskanie pozwolenia na użytkowanie) należy uznać za wykonanie zadania, to z całą pewnością nie można uznać zadania za wykonane, jeżeli umowa nie została przez wykonawcę zrealizowana z powodu jego upadłości. Nie może być rozstrzygająca podana w wyjaśnieniach okoliczność, że pan Jacek Mindur pełnił funkcję Kierownika Budowy do zakończenia umowy z wykonawcą, gdyż bezsporne jest, że umowa ta nie została wykonana. Nie jest też wystarczające, że – jak podał Odwołujący w wyjaśnieniach – pan Jacek Mindur pełnił tę funkcję do zakończenia robót zasadniczych, co również trudno utożsamiać z wykonaniem zadania.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że przedstawione przez niego informacje nie mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd, gdyż od momentu złożenia oferty, poprzez złożenie wyjaśnień, aż do momentu wniesienia odwołania Odwołujący konsekwentnie podawał prawdziwe informacje na temat doświadczenia Kierownika Budowy Jacka Mindura. Należy zauważyć, że wypełniając formularz dotyczący kryteriów pozacenowych, Odwołujący złożył oświadczenie, że wskazana przez niego osoba posiada doświadczenie zgodne z opisem podkryterium. Nie jest też tak, że możliwość wprowadzenia w błąd jest wykluczona z tego powodu, że informacje dotyczą umowy wykonywanej na rzecz innego oddziału GDDKiA i że mogły być zweryfikowane przez Zamawiającego. Pomijając w tym miejscu ocenę twierdzeń Zamawiającego, że różne oddziały GDDKiA nie są tym samym zamawiającym, stwierdzić należy, że nawet w odniesieniu do informacji dotyczących umów realizowanych na rzecz tego samego zamawiającego może potencjalnie dojść do wprowadzenia w błąd, nie można bowiem wykluczyć błędnego przyjęcia przez Zamawiającego informacji za prawdziwe.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że przekazane przez niego informacje nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Informacje te mają bezpośredni wpływ na przyznawaną wykonawcom punktację, a w konsekwencji na ranking ofert, mogą więc istotnie wpłynąć na wynik postępowania, trudno zatem twierdzić, że nie jest to istotny wpływ na decyzje zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców

o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby Zamawiający przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, podając wszystkie okoliczności, które legły u podstaw tej decyzji. Stopień szczegółowości uzasadnienia był wystarczający, aby wykonawca mógł wnieść odwołanie, formułując zarzuty i przedstawiając polemikę ze stanowiskiem Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego z uzasadnienia wynika, na czym polegała rozbieżność między oświadczeniem wykonawcy a rzeczywistością. Potencjalny wpływ na wynik w przypadku informacji determinujących punktację oferty jest na tyle oczywisty, że nie wymaga szczególnego wywodu w uzasadnieniu odrzucenia, wystarczające było wskazanie przez Zamawiającego, że mógł to być wpływ na decyzje w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Wobec tego trudno podzielić tezę Odwołującego, że nie wiadomo, na czym ten wpływ polega. Zauważenia wymaga również, że w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wystarczającą jest możliwość wystąpienia takiego wpływu, Zamawiający nie miał zatem obowiązku wykazywać, że ten wpływ rzeczywiście nastąpi. Ponieważ ocena ofert nie została jeszcze dokonana, wpływ ten na obecnym etapie jest potencjalny, co jest wystarczające do stwierdzenia, że przesłanka określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp została spełniona. W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa, kwestia ta pozostaje z oczywistych powodów w sferze ocen Zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami Zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa. Ocena Zamawiającego w tym zakresie była więc uzasadniona.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1008/18 podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....