

**WYROK**  
**z dnia 3 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący:** Emilia Garbala  
Danuta Dziubińska  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław** oraz **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław oraz Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław oraz Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków**, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie zadania pod nazwą: Budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna-Koźła w ciągu drogi krajowej nr 40”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2017 r., nr 2017/S 244-508768.

Oferty w postępowaniu złożyli m.in.:

- konsorcjum Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Lipowa 5A, Wysoka, 52-200 Wrocław oraz Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: „odwołujący” lub „Strabag”),
- Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie (dalej: „przystępujący” lub „INTERCOR”).

W dniu 6 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy INTERCOR.

W dniu 18 czerwca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Strabag. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy INTERCOR pomimo wprowadzenia zamawiającego przez tego wykonawcę w błąd przy przedstawieniu informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, z ostrożności na wypadek nieuwzględnienia wskazanych wyżej zarzutów, odwołujący zarzucił czynności zamawiającego naruszenie:
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

W szczególności odwołujący zauważył, że dla osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy zamawiający wymagał doświadczenia przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 97 000 000,00 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 rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m lub inżyniera kontraktu. Dalej odwołujący stwierdził, że z informacji podanych przez wykonawcę INTERCOR wynika, że wykonawca ten dysponuje osobą proponowaną na stanowisko kierownika budowy, przy czym osoba ta w ramach zadania „Budowa drogi ekspresowej S 17 ode. Kurów - Lublin – Piaski”:

- pełniła funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót do wykonania zadania,
- pełniła funkcję kierownika robót drogowych od 03.2011 r. do 27.12.2012 r.

„Obie wskazane wyżej informacje nie podlegają prawdzie. I tak z informacji uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej wynika, że:

1. Termin rozpoczęcia zadania „Budowa drogi ekspresowej S 17 ode. Kurów - Lublin - Piaski” ustalono na dzień 07.12.2010 r. zgodnie z wydanym Poleceniem Rozpoczęcia Robót.
2. Osoba proponowana na stanowisko Kierownika Budowy została zgłoszona jako kierownik robót drogowych 24.05.2011 r.

(...) Odnosząc powyższe do realiów stanu faktycznego sprawy wskazać należy, że informacje podane przez INTERCOR w ofercie nie odpowiadające rzeczywistości stanowi faktycznemu miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, co do przyznania punktów celem stworzenia rankingu ofert wykonawców, jak i przyznawania punktów dodatkowych w kryterium pozacenowym. (...) Powyższej okoliczności nie sposób oceniać w inny sposób niż przez pryzmat przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust.1 pkt 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP. Czynność Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. polegała na podaniu informacji, które miały istotne znaczenie dla dokonanego przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. (...) Z daleko idącej ostrożności, na wypadek nieuwzględniania zarzutu popełnienia przez Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. niedbalstwa w zakresie przekazania informacji mających istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego, tj. gdyby Wykonawcy temu nie można było przypisać żadnej z postaci winy (z czym Odwołujący oczywiście się nie zgadza), to i tak oferta Jego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w oparciu o kryteria określone w SIWZ. Okoliczność tą uzasadnia fakt, że osoba proponowana na stanowisko kierownika budowy nie pełniła funkcji kierownika budowy / robót drogowych od momentu rozpoczęcia robót do ich zakończenia w ramach wskazanego zadania „Budowa drogi ekspresowej S 17

ode. Kurów - Lublin - Piaski”, co zgodnie z literalnym brzmieniem opisywanego kryterium stanowiło podstawę oceny i do przyznania z tego tytułu punktów. W ramach kryterium oceny ofert odnoszących się do doświadczenia osoby kierownika budowy i kryteriów przyznawania punktów oferta Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. w zakresie doświadczenia Kierownika Budowy, winna uzyskać co najwyżej 1 punkt za jedno wskazane zadanie. Już ta okoliczność, o ile nie dojdzie do odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o. z powodów opisanych w uzasadnieniu powoduje, że oferta Odwołującego plasuje się na pierwszym miejscu z ofert zgodnych z wymogami Zamawiającego w SIWZ i jest najkorzystniejsza w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert”.

W związku z tym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy INTERCOR jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
3. wykluczenia wykonawcy INTERCOR z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
4. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,  
ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, iż nie zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy INTERCOR na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
5. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy INTERCOR wobec zaniechania zastosowania art. 91 ust. 1 ustawy Pzp,
6. powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
7. przyznania wykonawcy INTERCOR najwyżej jednego, zamiast trzech punktów z tytułu posiadanego doświadczenia osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy,
8. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. wykonawca INTERCOR zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 28 czerwca 2018 r. zamawiający oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości. Podczas posiedzenia w dniu 2 lipca 2018 r. przystępujący wniósł sprzeciw do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego.

W trakcie rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje stanowiska. Izba stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy INTERCOR do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

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

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie zadania pn. budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna-Koźła w ciągu drogi krajowej nr 40.

W pkt 19 siwz zamawiający określił kryteria oceny ofert, w tym: cenę – 60% oraz kryteria pozacenowe – 40%. Na kryteria pozacenowe składały się następujące podkryteria:

- 1) Podkryterium jakościowe:
  - a) właściwości przeciwpoślizgowe nawierzchni – max. 9 pkt,
  - b) równość podłużna nawierzchni – max. 8 pkt,
- 2) Podkryterium organizacyjne:
  - a) personel wykonawcy – max. 6 pkt,
    - dyrektor kontraktu – przedstawiciel wykonawcy – max. 3 pkt,
    - kierownik budowy – max. 3 pkt,
  - b) termin realizacji kontraktu – max. 12 pkt,
- 3) Podkryterium środowiskowe: zagospodarowanie gruntu rodzimego – max. 5 pkt.

W ramach podkryterium personelu wykonawcy w zakresie dotyczącym kierownika budowy zamawiający sformułował następujące wymagania:

„Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 97.000.000,00 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 rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m 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 spełnienia powyższych wymagań Wykonawca otrzyma 0 punktów.

W przypadku niedotrzymania podkryterium lub jego części Zamawiający zastosuje redukcję Ceny Kontraktowej, zgodnie z Subklauzulą 13.8 [Korekty wynikające ze zmian kosztu], za każdy dzień braku pełnienia funkcji przez każdą z zadeklarowanych osób spełniających

odpowiednie wymagania, w wysokości określonej w Załączniku nr 1 do dokumentu Dane Kontraktowe”.

Odwołujący złożył ofertę, w której na stanowisko kierownika budowy wskazał pana Karola K. i w następujący sposób opisał jego doświadczenie:

Zadanie 1:

- nazwa zadania: Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski. Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi ekspresowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (Węzeł Witosa) - Piaski (początek obwodnicy) od 616-616-630+400. Zadanie 5a: Budowa ul. Projektowanej odcinek od Al. Witosa (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa dróg lub ulic lub nadzór nad budową/przebudową dróg lub ulic): budowa drogi
- klasa drogi (A/S/GP): Klasa drogi GP o dł. 1,684 km oraz klasy S o dł. 12,1 km
- wartość robót netto PLN: 327 148 469,60
- stanowisko/stanowiska (Kierownik Budowy/Kierownik Robót Drogowych dla odc. o dł. minimum 4 km/Kierownik Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m /Inżynier Kontraktu): Kierownik Robót Drogowych

Zadanie 2:

- nazwa zadania: Zaprojektowanie i wykonanie Obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej nr 8 (na odcinku od węzła Augustów do węzła Szkocja) i drogi ekspresowej S-61 (na odcinku od węzła Szkocja do węzła Lotnisko)
- rodzaj zadania (budowa/przebudowa dróg lub ulic lub nadzór nad budową/przebudową dróg lub ulic): budowa drogi
- klasa drogi (A/S/GP): Droga klasy GP o dł. 21,488km oraz klasy S o dł. 12,75 km
- wartość robót netto PLN: 525 214 455,91
- stanowisko/stanowiska (Kierownik Budowy/Kierownik Robót Drogowych dla odc. o dł. Minimum 4 km/Kierownik Robót Mostowych dla co najmniej 1 obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A oraz rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m /Inżynier Kontraktu): Kierownik Robót Drogowych.

W ofercie przystępujący wskazał też, że pan K. K. pełnił na zadaniu 1 funkcję kierownika robót drogowych w okresie od marca 2011 do 27 grudnia 2012 r.

Pismem z dnia 6 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego INTERCOR. W wyniku oceny ofert w ramach

wszystkich kryteriów przystępujący otrzymał 100 pkt, zaś odwołujący – 99,77 pkt.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Dokonując oceny doświadczenia pana K. K., tj. osoby wyznaczonej w ofercie przystępującego na stanowisko kierownika budowy, Izba w pierwszej kolejności dokonała analizy podkryterium personelu wykonawcy w zakresie dotyczącym wymaganego doświadczenia kierownika budowy. Przede wszystkim Izba stwierdziła, że w treści siwz zamawiający nie zdefiniował pojęcia „rozpoczęcie robót”, tym samym nie ma podstaw, aby pojęciu temu przypisywać znaczenie w rozumieniu np. warunków kontraktowych FIDIC. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że w opisie ww. podkryterium zamawiający posługuje się pojęciami „robót” oraz „zadania”, przy czym wymóg rozpoczęcia dotyczy „robót”, nie zaś „zadania” („rozpoczęcie robót”). Tym samym należy stwierdzić, że zamawiający nie żądał, aby osoba wyznaczona na stanowisko kierownika budowy pełniła wymagane funkcje np. kierownika robót drogowych od rozpoczęcia całego zadania, ale od rozpoczęcia robót, którymi kierowała. Innymi słowy: w podkryterium wymagano, aby wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w pełnieniu funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych pełniła te funkcje od rozpoczęcia robót na odcinku o długości min. 4 km, nie zaś od rozpoczęcia całego zadania inwestycyjnego, w ramach którego ww. odcinek był wykonywany.

Oceniając doświadczenie pana K. K. wyznaczonego w ofercie przystępującego na stanowisko kierownika budowy, Izba dokonała oceny dowodów przedstawionych w trakcie rozprawy przez przystępującego, tj.:

- 1) zaświadczenie wykonawcy Budimex S.A., który zatrudnił pana Karola K. w związku z realizacją zadania pn. Budowa drogi ekspresowej S17, odcinek Kurów-Lublin-Piaski. Zadanie nr 5: Rozbudowa drogi ekspresowej nr 17 (12) na odcinku Lublin (Węzeł Witos) - Piaski (początek obwodnicy) od 616-616-630+400. Zadanie 5a:



Budowa ul. Projektowanej odcinek od Al. Witosa (wraz z węzłem) w Lublinie do Al. Lotników Polskich w Świdniku. Z zaświadczenia wynika, że pan K. K. pełnił obowiązki kierownika robót wraz ze zgłoszeniem w Wojewódzkim Inspektoracie Nadzoru Budowlanego od 01.03.2011 r. do 01.02.2013 r.;

- 2) oświadczenie własne pana K. K., zgodnie z którym z dniem 01.03.2011 r. został on zatrudniony przez Budimex S.A. na ww. zadaniu i pełnił funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót drogowych do zakończenia budowy;
- 3) oświadczenie kierownika projektu unijnego z ramienia GDDKiA, zgodnie z którym pan K. K. objął obowiązki kierownika robót drogowych z dniem 14.03.2011 r. i pełnił tę funkcję do zakończenia robót, tj. do 27.12.2012 r.;
- 4) zgłoszenie przez Budimex S.A. w dniu 15.03.2011 r. inżynierowi kontraktu kierowników robót, w tym m.in. pana K. K.;
- 5) oświadczenie inżyniera kontraktu z dnia 21.03.2011 r. o akceptacji m.in. pana K. K. na kierownika robót drogowych;
- 6) wyciąg z dziennika budowy branży drogowej dla ww. inwestycji, w którym pan K. K. jest wymieniony jako jeden z kierowników robót drogowych i z którego wynika, że roboty drogowe polegające na odhumusowaniu istniejącej skarpy, dna rowu i przeciwskarpy wzdłuż trasy głównej – strona prawa w km 617+300 – 619+000, rozpoczęły się w dniu 09.03.2011 r.

Opierając się na ww. dowodach, w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wynikają z nich trzy daty, w których można przyjąć, że pan K. K. zaczął pełnić funkcję kierownika robót drogowych:

- 14.03.2011 r. zgodnie z oświadczeniem kierownika projektu unijnego z ramienia GDDKiA,
- 15.03.2011 r. zgodnie ze zgłoszeniem ww. osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych,
- 21.03.2011 r. zgodnie z oświadczeniem inżyniera kontraktu o akceptacji ww. osoby do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych.

Bez względu na to, która z tych dat jest zgodna ze stanem rzeczywistym, tj. kiedy pan K. K. rzeczywiście zaczął kierować robotami drogowymi, należy zwrócić uwagę, że każda z nich jest datą późniejszą od daty rozpoczęcia robót drogowych. Jak wynika bowiem z wyciągu z dziennika budowy, roboty te w postaci odhumusowania, rozpoczęły się w dniu 9 marca 2011 r. Tymczasem za najwcześniejszą datę rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika robót drogowych w przypadku pana K. K. można przyjąć datę 14 marca 2011 r. Oznacza to, że pan K. K. nie pełnił funkcji na stanowisku kierownika robót drogowych od rozpoczęcia tych robót, bowiem zaczął pełnić tę funkcję dopiero kilka dni

później.

Jednocześnie oceniając pozostałe dowody, Izba ustaliła, że przedstawiając zaświadczenie wykonawcy Budimex S.A. oraz oświadczenie własne pana K. K., przystępujący nie wykazał, że ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót drogowych od rozpoczęcia tych robót. Dokumenty te wprawdzie wskazują na datę 1 marca 2011 r., co zgodnie z oświadczeniem przystępującego na rozprawie, było datą zatrudnienia pana K. K. przez spółkę Budimex, niemniej jednak należy zauważyć, że samo zatrudnienie ww. osoby nie oznacza, że faktycznie zaczęła ona z dniem 1 marca 2011 r. kierować robotami drogowymi, skoro z innych dowodów wynika, że zaczęła to robić najwcześniej z dniem 14 marca 2011 r. Należy bowiem podkreślić, że zatrudnienie danej osoby w związku z realizacją danej inwestycji nie oznacza automatycznie możliwości pełnienia przez nią samodzielnej funkcji budowlanej, w tym wypadku – funkcji kierownika robót drogowych.

Powyższe potwierdza art. 41 ust. 4 pkt 1 ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. Nr 243 z dnia 12 listopada 2010 r., poz. 1623), zgodnie z którym inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, na które jest wymagane pozwolenie na budowę, właściwy organ oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, co najmniej na 7 dni przed ich rozpoczęciem, dołączając na piśmie m.in. przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi). Przyjęcie obowiązku kierowania robotami dokonuje się wraz ze zgłoszeniem organowi nadzoru budowlanego kierownika budowy. Abstrahując od oceny tego, czy w niniejszej sprawie nie za późno zgłoszono kierowników robót w świetle ww. przepisu, należy stwierdzić, że zgodnie z tym przepisem przyjęcie obowiązków kierowania robotami powinno nastąpić wraz ze zgłoszeniem kierowników robót organowi nadzoru budowlanego. Zgłoszenia zaś dokonano w dniu 15 marca 2011 r. i przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu wykazującego, że przyjęcie obowiązków nastąpiło wcześniej, zwłaszcza zaś – w dniu zatrudnienia, tj. 1 marca 2011 r.

Tym samym Izba uznała, że zaświadczenie Budimex S.A. i oświadczenie własne pana K. K. nie potwierdzają, że z dniem 1 marca 2011 r., tj. z dniem zatrudnienia, osoba ta zaczęła faktycznie kierować robotami drogowymi. Natomiast z pozostałych złożonych na rozprawie dowodów, wymienionych powyżej, wynika, że najwcześniejszym możliwym dniem rozpoczęcia pełnienia funkcji kierownika drogowych przez pana K. K. jest dzień 14 marca 2011 r., podczas gdy roboty drogowe zaczęły się w dniu 9 marca 2011 r. Oznacza to, że pan K. K. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych od dnia rozpoczęcia robót drogowych.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp 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. Należy zauważyć, że w ofercie przystępującego nie wskazano konkretnej, pełnej daty, od której pan K. K. pełnił funkcję kierownika robót drogowych na ww. zadaniu, w szczególności nie wskazano, że pełnił tę funkcję od 9 marca 2011 r. W ofercie wskazano jedynie, że ww. osoba zaczęła pełnić funkcję kierownika robót drogowych od marca 2011 r. Tak określony termin pokrywa się z ustaleniami Izby, zgodnie z którymi rozpoczęcie pełnienia funkcji nastąpiło najwcześniej 14 marca 2011 r. Biorąc pod uwagę ogólny sposób oznaczenia daty rozpoczęcia pełnienia funkcji w ofercie przystępującego, nie można stwierdzić, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, tj. podał niezgodną z rzeczywistością informację. Tym samym nie wystąpiła jedna z wymaganych kumulatywnie przesłanek do zastosowania ww. przepisu i wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wykazano wyżej, osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy, nie pełniła funkcji kierownika robót drogowych od rozpoczęcia robót na zadaniu dotyczącym budowy drogi S17. Tym samym doświadczenie zdobyte na ww. zadaniu nie powinno być przystępującemu zaliczone w ramach podkryterium oceny ofert dotyczącym personelu w zakresie kierownika budowy. W konsekwencji, zgodnie ze sposobem przyznawania punktów w ww. podkryterium, oferta przystępującego powinna otrzymać jeden punkt, nie zaś trzy punkty w tymże podkryterium, co oznacza, że nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Przyznanie ofercie przystępującego jednego zamiast trzech punktów wpływa na ranking ofert w przedmiotowym postępowaniu i powoduje, że oferta przystępującego przestaje być ofertą najkorzystniejszą.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, natomiast potwierdziły się zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zamawiający niezasadnie przyznał ofercie przystępującego trzy punkty w podkryterium personel wykonawcy w zakresie kierownika budowy, ponieważ oferta ta powinna otrzymać jeden punkt w ww. podkryterium. Zmniejszenie liczby punktów z trzech do jednego, jaki winien być przyznany ofercie przystępującego, ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ skutkuje tym, że oferta ta przestaje być najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 lit. a ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018r. poz. 972).

Przewodniczący .....

.....

.....