

WYROK
z dnia 5 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Monika Kawa-Ogorzałek

Marek Koleśnikow

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r.
przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiających: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie i Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie z siedzibą w Chorzowie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającym – Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie:
 - 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao,
 - 1.2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynierskich Robót Kolejowych TOR – KRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
 - 1.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiających: Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiających – Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie oraz Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie na rzecz Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao 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.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej Zamawiający), na mocy zawartego z Miejskim Zarządem Ulic i Mostów w Chorzowie porozumienia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. 3 Maja w Chorzowie - zadanie nr 4 (znak postępowania: UE/JRP/B/126/2018) zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o

zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2018 r. pod numerem 2018/S 042 – 091172. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 15 października 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao (dalej Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucili mu naruszenie:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenie jego oferty w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień SIWZ, wskutek uznania, że Odwołujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (zakres tramwajowy), a tym samym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 2.art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, mimo, że informacje dotyczące doświadczenia osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (zakres tramwajowy) budziły wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. merytoryczne rozpoznanie odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą i jego uwzględnienie;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w odwołaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego oraz dokonaniu badania i oceny ofert z pominięciem oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru oferty TOR-KRAK jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W piśmie z 5 października 2018 r. (informacja o wykluczeniu Odwołującego) Zamawiający odwołał się do zadań wskazanych przez Odwołującego w ramach kryterium oceny ofert

w Rozdziale XIV pkt 5.3.2 SIWZ tj. do wymagań wobec kierownika robót drogowych (część drogowa), podczas gdy Odwołujący w swojej ofercie nie wykazał dodatkowego, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert, doświadczenia dla takiej osoby.

Przywołane nazwy konkretnych inwestycji wskazywały, że Zamawiający chciał nawiązać do wymagań dotyczących doświadczenia opisanego w Rozdziale XIV pkt 5.3.1 SIWZ (kierownik robót drogowych - część torowa). Zamawiający uznał, że został wprowadzony

w błąd w zakresie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego i funkcji pełnionych

w jego ramach przez p. K.D. wskazanego przez Odwołującego do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych. Zamawiający przyjął interpretację treści SIWZ, zgodnie

z którą wymagał, aby w ramach dodatkowego doświadczenia, punktowanego w ramach kryterium oceny ofert i wykazywanego w punkcie 3 formularza ofertowego

w zw. wymaganiami opisanymi w rozdziale XIV pkt. 5.3.1 SIWZ, dana osoba pełniła samodzielną funkcję techniczną w budownictwie tj. funkcję „kierownika budowy”

lub „kierownika robót”. Zamawiający, w swoim uzasadnieniu odwołał się bowiem

do informacji uzyskanych od wykonawcy ZUE S.A. oraz Zarządu Infrastruktury Komunalnej

i Transportu w Krakowie z których miało wynikać, że osoba wymieniona w formularzu ofertowym Odwołującego, w ramach wskazanej tam inwestycji:

- a) nie pełniła samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust. 1 ustawy Prawo budowlane, nie widnieje w dzienniku budowy jako kierownik robót drogowych lub torowych i w ramach realizacji powyższych zadań stanowiła personel uzupełniający,
- b) osoba objęta zapytaniem nie pełniła samodzielnej funkcji technicznej obejmującej kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi, o której mowa w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.) w ramach prowadzonej inwestycji pn.: „Budowa linii tramwajowej łączącej ul. Brożka oraz Kampus UJ wraz z systemem sterowania ruchem i nadzoru”.

Interpretacja postanowień rozdziału XIV pkt. 5.3.1 SIWZ, której dokonał Zamawiający, kreując obowiązek wykazania się doświadczeniem w pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie tj. funkcji „kierownika budowy” lub „kierownika robót” stała

w sprzeczności z treścią postanowień SIWZ. Punkt 5.3.1 SIWZ wprowadził wymóg,

aby kierownik robót drogowych (część torowa) posiadał uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierował więcej niż dwoma robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodsypkowej o długości min. 1000 mtp dla każdej roboty budowlanej. W przywołanym warunku brak jest zatem jakiegokolwiek odniesienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, np. sprawowania funkcji kierownika budowy.

Poza odwołaniem do „kierowania więcej niż dwoma robotami budowlanymi”, ani w SIWZ,

ani w późniejszych jego modyfikacjach, Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymagań dotyczących pełnienia przez wskazywaną osobę samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust. 1 ustawy Prawo

budowlane (dalej PrBud). Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z treści SIWZ nie wynikało, by Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobą, która taką funkcję pełniła w ramach zadań wskazanych w podkryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (Pd)”.

Co istotne, Zamawiający w wymaganiach dotyczących doświadczenia osób wyznaczonych na realizację zamówienia nie posłużył się również pojęciem „kierownika budowy”, którego użycie, zgodnie ze stanowiskiem KIO zawartym w wyroku z dnia 10 stycznia 2018 r.

(sygn. akt KIO 2666/17), mogłoby mieć kluczowe znaczenie dla interpretacji kryterium doświadczenia osób i oznaczałoby zgodnie z art. 12 ust. 1 PrBud samodzielną funkcję techniczną w budownictwie.

W przeciwieństwie zaś do okoliczności sprawy z przytoczonego wyroku, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie posłużył się pojęciem „kierownika budowy”, które ma normatywne, określone przepisami znaczenie, lecz dużo mniej restrykcyjnym pojęciem „kierowania robotami budowlanymi”. Brak użycia przez Zamawiającego pojęcia „kierownik budowy” lub „kierownik robót” oraz brak postawienia wymogu, co do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie przez odwołanie się do pełnienia danej funkcji w rozumieniu przepisów PrBud wskazywało na dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości wykazania również innego rodzaju doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi.

Taka interpretacja byłaby właściwa również z punktu widzenia wykładni prounijnej, której szczególną rolę KIO podkreśliła w uchwale z dnia 24 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO/KU 15/18): Zamawiający, stawiając rzeczony warunek powinien mieć na uwadze ratio legis przepisu krajowego w powiązaniu z wykładnią prounijną, która na te postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje położyć nacisk na ocenę zdolności wykonawców do prawidłowej realizacji udzielanego zamówienia publicznego, przy uwzględnieniu właściwego i adekwatnego do przedmiotu zamówienia opisu warunków udziału w postępowaniu. Zatem zastosowane warunki mają być z jednej strony konieczne, a z drugiej wystarczające, stąd nie mogą wykraczać poza to, co jest uzasadnione specyfiką zamówienia. Adekwatność, konieczność i wystarczalność to podkreślane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu”. Wbrew zatem tej wykładni byłoby interpretowanie wymogu „kierowania robotami budowlanymi” jako odnoszącego się jedynie do sytuacji pełnienia przez daną osobę danej funkcji rozumianej jako samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uregulowaną w art. 12 ust. 1 PrBud, kiedy rzeczywiste kierowanie robotami budowlanymi może mieć miejsce także w przypadku sprawowania innej funkcji oraz innych czynności w ramach wykonywania robót budowlanych.

Zamawiający posłużył się wyłącznie pojęciem „kierowania robotami” - które można odnieść do faktycznego doświadczenia w prowadzeniu procesu inwestycyjnego. Zamawiający jednak w żadnej części SIWZ, w tym w ramach kwestionowanego pkt. 5.3.1 nie postawił wymogu sprawowania funkcji lub zajmowania stanowiska „kierownika budowy” lub „kierownik robót” bądź pełnienia w samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu przepisów PrBud.

Opisywana wyżej sytuacja polegająca na rzeczywistym kierowaniu robotami budowlanymi przy jednoczesnym nie sprawowaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie miała miejsce w przedmiotowej sprawie. P. K. D. wskazywany przez Odwołującego jako osoba wyznaczona do pełnienia funkcji „Kierownika robót drogowych” (zakres tramwajowy) podczas realizacji zadań wskazanych przez Odwołującego w pkt 3 ppkt 1 oraz 3 formularza ofertowego „był zatrudniony na stanowisku kierownika robót”. Oznacza to zatem, że w rzeczywistości kierował robotami budowlanymi, pomimo że nie sprawował funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust 1 PrBud.

Niezależnie od powyższego, nawet jeśli by uznać, że treść wymogu kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia była niejednoznaczna, to jego interpretacja nie mogła rodzić negatywnych konsekwencji dla Odwołującego.

Sposób interpretacji pkt 5.3.1 SIWZ dotyczącego doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia w sposób prezentowany przez Zamawiającego nie mógł zatem stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Powoływanie się przez Zamawiającego na wymóg pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust. 1 PrBud w odniesieniu do zadań wskazywanych przez Odwołującego dla osoby będącej kandydatem na stanowisko kierownika robót budowlanych stanowił ponadto nieuprawnioną zmianę treści SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Czynności Zamawiającego wskazane powyżej w konsekwencji doprowadziły do nieuzasadnionego wykluczenia Odwołującego z Postępowania, z uwagi na błędne uznanie przez Zamawiającego, że zaistniała przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp w ogóle nie mógł znaleźć zastosowania w sprawie, ponieważ zgodnie z jego dyspozycją wykluczeniu podlega wykonawca „który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Informacje które rzekomo wprowadziły Zamawiającego w błąd nie odnosiły się do kategorii informacji (przesłanek wykluczenia, warunków udziału, kryteriów selekcji), o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 16 Pzp.

Przedstawione wyżej argumenty, wskazują, że nie zaszyły przesłanki, które uzasadniałyby wykluczenie Odwołującego z postępowania. Jeżeli złożone w treści oferty oświadczenie dotyczące posiadanego doświadczenia budziło wątpliwości

Zamawiającego, to było
on zobowiązany zwrócić się do Odwołującego, w trybie art. 87 ust 1 Pzp, z wnioskiem
o wyjaśnienie treści oferty czego jednak zaniechał.

Obowiązkiem Zamawiającego w przypadku powzięcia wątpliwości, co do treści oświadczenia Odwołującego zawartego
w jego ofercie było zwrócenie się do z żądaniem wykazania,
że osoba wskazana do pełnienia funkcji „Kierownika robót drogowych” (zakres tramwajowy) w rzeczywistości kierowała
robotami budowlanymi w ramach zadań wskazanych
w pkt 3 ppkt 1 oraz 3 formularza ofertowego. Zaniechanie takiego żądania było równoznaczne z naruszeniem przez
Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, nawet jeżeli z góry zakładał, że wyjaśnienia Odwołującego nic nie wniosą do
dokonanej przez niego oceny bądź na pewno zmieniają one treść oferty.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i
stanowiska Stron
i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,
że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także
innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w
wyniku naruszenia
przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

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

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp

**w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania
oraz odrzucenie jego oferty w sposób błędny oraz z naruszeniem postanowień SIWZ, wskutek uznania, że
Odwołujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie
doświadczenia osoby wskazanej
do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych (zakres tramwajowy), a tym samym wprowadził Zamawiającego
w błąd potwierdził się.**

Rozdział V SIWZ – „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5
ustawy Pzp” stanowił:

„II. Zamawiający określa, z uwzględnieniem art. 22a-22d ustawy Pzp, warunki udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia w ten sposób, że mogą się o nie ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki
udziału w postępowaniu dotyczące (...):

2.zdolności technicznej lub zawodowej – Wykonawca spełni warunek, jeżeli

wykaże, że:

dysponuje osobami, odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi posiadającymi niżej określone
kwalifikacje zawodowe, uprawnienia

oraz doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego tj.:

- co najmniej jedną osobą do kierowania robotami budowlanymi posiadającą uprawnienia budowlane w
specjalności drogowej bez ograniczeń, która w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert
kierowała co najmniej dwoma robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska
tramwajowego w technologii bezpodsytkowej na odcinku o długości min. 1000 mtp dla każdej roboty budowlanej
(...)”.

Rozdział VI SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu
oraz braku podstaw wykluczenia”:

„III. Dokumenty wymagane od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.

•W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymaga od Wykonawcy,
którego oferta została najwyżej oceniona przedłożenia: (...)

2.wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności
odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi,

wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia niezbędnych do
wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o
podstawie do dysponowania tymi osobami (...)”.

Rozdział XIV SIWZ - „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem
wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”:

„4.Kryterium oceny ofert będzie:

a)Cena (Pc) = 60 %,

b)gwarancja (Pg) = 20%,

c)doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (Pd) = 20%”.

Rozdział XIV SIWZ - „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem
wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”:

„5.3. Wykonawca otrzyma punkty za dodatkowe doświadczenie osób wyznaczonych

do realizacji zamówienia (ponad wymagane minimum określone w Rozdziale V pkt II

ppkt 2b tiret pierwsze i drugie) tj.:

5.3.1.Kierownik robót drogowych – jeżeli Wykonawca wykaże, że osoba wyznaczona do realizacji zamówienia,
posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, w
okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała więcej niż dwoma robotami
budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii
bezpodsytkowej o długości min. 1000 mtp dla każdej roboty budowlanej – za każde dodatkowe zadanie

Wykonawca może otrzymać 2 pkt lecz nie więcej niż 10 pkt”.

Istotą sporu między Odwołującym i Zamawiającym była interpretacja przytoczonego wyżej podpunktu 5.3.1. Rozdziału XIV SIWZ. Zamawiający stał na stanowisku, że literalne brzmienie spornego postanowienia SIWZ wskazywało na obowiązek wykazania przez wykonawców, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała odpowiednie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót lub Kierownika budowy. Odwołujący wywodził z kolei, że literalne brzmienie ppkt. 5.3.1 prowadziło do wniosku, że Zamawiający dopuścił szerszy zakres doświadczenia związanego z kierowaniem robotami, a doświadczenie uzyskane na ww. stanowiskach nie było konieczne. Biorąc pod uwagę stanowiska stron wyrażone podczas rozprawy oraz wnioski z analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, że słuszne jest stanowisko Odwołującego. W ocenie Izby literalna wykładnia spornego postanowienia, prowadzi do wniosku, że Zamawiający dopuścił, by wykonawca wskazał na stanowisko kierownika robót drogowych osobę, która posiada niezbędne uprawnienia oraz posiada faktyczne doświadczenie w kierowaniu robotami. Treść ppkt. 5.3.1. wskazuje, że nie było wymogiem Zamawiającego, by osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała doświadczenie w wykonywaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust. 1 PrBud. Zwrot „kierowała więcej niż dwoma robotami budowlanymi” nie jest - wbrew stanowisku Zamawiającego - jednoznacznym wskazaniem na konieczność posiadania doświadczenia w wykonywaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Potwierdzają to ponadto odpowiedzi na pytania do treści SIWZ jakich udzielił Zamawiający:

„Pytanie 43

Zapis SIWZ rozdział IV, punkt 11.2.b tiret I brzmi: co najmniej jedną osobą do kierowania robotami budowlanymi posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń, która w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała co najmniej dwoma robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodсыpkowej na odcinku o długości min. 1000 mtp dla każdej roboty budowlanej,

a. Czy doświadczenie uzyskane na stanowiskach kierownik budowy lub kierownik robót torowych będzie wystarczające w celu spełnienia zapisanego warunku?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że doświadczenie uzyskane na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót będzie wystarczające w celu spełnienia warunku”.

„Pytanie 45

Zapis SIWZ rozdział XIV punkt 3.1 brzmi: „Kierownik robót drogowych — jeżeli Wykonawca wykaże, że osoba wyznaczona o realizacji zamówienia, posiadająca uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej bez ograniczeń, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała więcej niż dwoma robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie torowiska tramwajowego w technologii bezpodсыpkowej o długości min. 1000 mtp dla każdej roboty budowlanej — za każde dodatkowe zadanie Wykonawca może otrzymać 2 pkt lecz nie więcej niż 10 pkt.

a. Czy doświadczenie uzyskane na stanowiskach kierownik budowy lub kierownik robót torowych będzie wystarczające w celu zyskania dodatkowych punktów?

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że doświadczenie uzyskane na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót będzie wystarczające w celu spełnienia warunku”.

W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający, mimo brzmienia ppkt 5.3.1 SIWZ oczekiwał, by osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała doświadczenie w wykonywaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, to na etapie udzielania odpowiedzi na pytania do treści SIWZ jego obowiązkiem było objaśnienie wykonawcom właściwego sposobu interpretacji spornego postanowienia. Zwrot „doświadczenie uzyskane na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót będzie wystarczające w celu spełnienia warunku” nie ma jednoznacznego charakteru. Wystarczające to nie minimalne czy jedyne akceptowalne.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że sposób w jaki Odwołujący interpretował podpunkt 5.3.1. Rozdziału XIV SIWZ był prawidłowy. W tej sytuacji, Odwołujący wskazując na stanowisko Kierownika robót drogowych pana K. D. nie wprowadził Zamawiającego w błąd – ani celowo, ani wskutek lekkomyślności czy niedbalstwa.

Art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp stanowi:

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16);
- 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 (pkt 17).

Działanie Odwołującego nie stanowiło wypełnienia przesłanek żadnego z wyżej wskazanych przepisów Ustawy. Z tego względu Izba uznała zarzut odwołania za zasadny.

Wobec potwierdzenia się zarzutu nr 1, podniesiony przez Odwołującego z ostrożności procesowej zarzut nr 2 nie został przez Izbę rozpoznany.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....