

WYROK
z dnia 15 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 stycznia 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Odwołującego – **FBSerwis S.A.** (ul. Stawki 40 01-040 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** (u. Wronia 53, 00-874 Warszawa) - **Oddział w Warszawie** (ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa), przy udziale wykonawcy: **M. B.** prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **proKoncept. Budownictwo i Architektura M. B.** (ul. Modlińska 27/1 05-135 Wieliszew) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – **FBSerwis S.A.** (ul. Stawki 40 01-040 Warszawa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć 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 koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Sygn. akt KIO 157/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (Zamawiający), którego przedmiotem jest „Bieżące utrzymywanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 6 zadań”; Zadanie 6 - Rejon Radom, Zwoleń, Grójec. nr sprawy: GDDKiA.O.WA.D 241.78.2018 (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 644913-N-2018 z dnia 2018-11-09 r. Wnosząc odwołanie wykonawca: FBSerwis S.A. z Warszawy zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp - dokonanie wyboru oferty ProKoncept jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż:
 - a. na etapie złożenia oferty nie dysponował osobami Pana P. J. oraz Pana M. K., gdyż w tym czasie ww. osoby były zatrudnione przez zupełnie inne podmioty, co oznacza, że ProKoncept nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w chwili składania swojej oferty, a dopiero w trakcie postępowania pozyskał zgodę ww. osób na współpracę w ramach zamówienia udzielanego w niniejszym Postępowaniu;
 - b. dedykowany na stanowisko Kierownika Robót Pan P. J., wbrew treści przedłożonego przez ProKoncept w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych przy realizacji obiektów: kładka dla pieszych w km 42+962, przepust w km 42+972, przejście pod torami w km 43+097, wiadukt kolejowy w km 43+474 na kontrakcie: Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów - Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów - Miedniewice, co oznacza, że osoba ta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy,
 - c. ProKoncept nie wykazał, aby dedykowany na stanowisko Kierownika Robót Pan P. J. posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w remoncie, przebudowie lub budowie obiektu inżynierskiego wskazanego w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.), bowiem powołał się na pełnienie przez ww. osobę funkcji kierownika robót przy:

- i. kładce dla pieszych w km 42+962, która nie była drogowym obiektem inżynierskim w rozumieniu ww. rozporządzenia, lecz kolejowym obiektem inżynieryjnym, a nadto kładka ta w ramach wskazanej w wykazie inwestycji została rozebrana, nie była zaś remontowana, budowana ani przebudowywana,
- ii. przepuście w km 42+972, przejściu pod torami w km 43+097 oraz wiadukcie kolejowym w km 43+474, które to obiekty nie są drogowymi obiektami inżynierskim w rozumieniu przywołanego rozporządzenia, lecz kolejowymi obiektami inżynieryjnymi.

- 2.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zaniechanie wykluczenia ProKoncept z Postępowania pomimo niewykazania spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 1 powyżej,
- 3.art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zaniechanie wykluczenia ProKoncept z Postępowania, pomimo iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podczas gdy jak zostało wskazane w pkt 1 powyżej ww. warunków ProKoncept nie spełnił, przy czym ProKoncept będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych kompetencjach personelu dedykowanego do wykonywania zamówienia (czy ich braku) w zakresie określonym w SIWZ, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej rażącego niedbalstwa i to niedbalstwa rażącego,
- 4.art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia ProKoncept z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie tego, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym ProKoncept będąc profesjonalistą ubiegającym się o zamówienie publiczne powinien dochować należytej staranności i zweryfikować prawdziwość informacji o posiadanych kompetencjach personelu dedykowanego do wykonywania zamówienia (czy ich braku) w zakresie określonym w SIWZ, stąd też podanie przez niego informacji niezgodnych z rzeczywistością musi być ocenione jako przejaw co najmniej lekkomyślności, o ile nie niedbalstwa (i to rażącego).

Wykonawca wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie decyzji o wyborze oferty ProKoncept jako oferty najkorzystniejszej, (2) wykluczenie ProKoncept z Postępowania. Ponadto o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w Postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do wykluczenia ProKoncept z Postępowania - a w takim przypadku to oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów w szczególności podał:

1.Stan faktyczny

Zgodnie z postanowieniem pkt 7.2. ppkt 3 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w Postępowaniu (dalej: „SIWZ”) o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą się dysponowaniem osobami legitymującymi się kwalifikacjami i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, które zostaną im powierzone, spełniające następujące wymagania:

- 1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót - winna była posiadać doświadczenie zawodowe w zakresie realizacji co najmniej 1 zadania polegającego na wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy obiektu inżynierskiego w rozumieniu na stanowisku Kierownika robót mostowych lub Kierownika budowy oraz posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń,
- 2) osoba proponowana do przeprowadzania kontroli obiektów inżynieryjnych - winna była posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej mostowej bez ograniczeń (...)

W stanie faktycznym sprawy ProKoncept jako osoby dedykowane do spełnienia ww. funkcji wskazał: 1) jako Kierownika robót - mgr inż. S. G.; 2) jako osobę przeprowadzającą kontrolę obiektów inżynierskich - inż. Z. L..

W dniu 2 stycznia 2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie, kwestionując wykazanie przez ProKoncept spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W dniu 14 stycznia 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na ww. odwołanie, uwzględniając część podniesionych zarzutów oraz informując, że w związku z ich uwzględnieniem wezwie ProKoncept do uzupełnienia wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia. W związku z faktem, iż ProKoncept jako przystępujący w sprawie odwoławczej po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania, a Odwołujący pozostałe zarzuty odwołania

wycofał, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem umorzyła postępowanie w sprawie.

W dniu 18 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ProKoncept do uzupełnienia wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie ProKoncept, w tym samym dniu, przedstawił Zamawiającemu zaktualizowany wykaz osób (dalej: „Wykaz”). W Wykazie tym wskazał inne niż początkowo wskazane osoby:

1) jako osobę dedykowaną na stanowisko Kierownika Robót wskazał P. J., posiadającego wykształcenie wyższe i wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do kierowania robotami bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej mostowej, a także posiadającego doświadczenie w charakterze kierownika robót mostowych przy realizacji obiektów: kładka dla pieszych w km 42+962, przepust w km 42+972, przejście pod torami w km 43+097, wiadukt kolejowy w km 43+474 na kontrakcie: Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów - Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów - Miedniewice, gdzie według ProKoncept wykonano prace z zakresu remontu, przebudowy i budowy obiektów inżynierskich;

2) jako osobę przeprowadzającą kontrolę obiektów inżynierskich M. K., posiadającego wykształcenie wyższe i wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej. Już w kolejnym dniu roboczym po przedstawieniu Wykazu, tj. w dniu 21 stycznia br. Zamawiający dokonał wyboru oferty ProKoncept jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

2. Zarzut dotyczący wyboru oferty ProKoncept pomimo niewykazania spełnienia warunku dotyczącego dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia

W stanie faktycznym sprawy wykonawca ProKoncept nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Twierdzenie powyższe jest uzasadnione co najmniej z trzech powodów.

1) Brak dysponowania wymaganymi osobami w całym okresie ubiegania się o zamówienie.

W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych przyjmuje się, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu już w dacie składania oferty (lub odpowiednio wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) i utrzymanie takiego stanu „spełniania” warunków przez cały okres prowadzonego postępowania, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazał na stanowisko w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 114/18, zgodnie z którym: warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Natomiast dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia tych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia mają być aktualne na dzień ich złożenia, co oznacza, iż mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego. Zgodnie zatem z konstrukcją przyjętą przez ustawodawcę wystarczające jest złożenie przez wykonawcę dokumentu aktualnego na dzień jego składania, albowiem ma on potwierdzać brak podstaw do wykluczenia który ma zostać spełniony nie tylko na dzień składania ofert - ale przez cały czas od momentu złożenia oferty aż do momentu zakończenia Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W stanie faktycznym sprawy trudno jest uznać, aby ProKoncept spełniał warunek udziału w Postępowaniu dotyczący dysponowania wymaganymi przez Zamawiającego osobami w czasie, kiedy złożył swą ofertę w Postępowaniu. Początkowo powołał się bowiem na dysponowanie osobami, które wymaganego przez Zamawiającego warunku nie spełniały, a dopiero później, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego ww. osób powołał się na zupełnie inne osoby. Co istotne osoby te (Pan P. J. oraz Pan M. K.) nie są osobami stale zatrudnionymi przez ProKoncept (są one aktualnie zatrudnione przez zupełnie inne podmioty - odpowiednio przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie (jednostkę budżetową m.st. Warszawy) oraz Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w Warszawie). Osoby te zostały przez ProKoncept pozyskane i dedykowane do realizacji zamówienia dopiero w toku postępowania (wyłącznie w związku z uznaniem, że osoby pierwotnie wykazane warunku udziału w postępowaniu nie spełniały), co oznacza, że wcześniej w dyspozycji wykonawcy ProKoncept te osoby się nie znajdowały. Tym samym stwierdzić należy, że ProKoncept w chwili złożenia oferty warunku udziału w Postępowaniu nie spełnił, co winno skutkować wykluczeniem tegoż wykonawcy z Postępowania.

2) Brak posiadania przez P. J. doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika Robót Mostowych przy realizacji modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź Etap II LOT A.

Wskazał, że nie jest prawdziwe oświadczenie ProKoncept, jakoby Pan P. J. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych przy realizacji wskazanej w Wykazie. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika jednoznacznie, że osoba o takim imieniu i nazwisku przedmiotowego stanowiska nigdy nie pełniła. Informacja o pełnieniu przez ww. osobę takiego stanowiska nie została zgłoszona zgodnie z przepisami prawa budowlanego ani przekazana inwestorowi odpowiedzialnemu za modernizację linii kolejowej, o której mowa w Wykazie. Powyższe byłoby zresztą wysoce wątpliwe z punktu widzenia ewentualnego konfliktu interesów, gdyż w czasie, w którym była prowadzona przedmiotowa modernizacja linii kolejowej Pan P. J. był zatrudniony przez inwestora (PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.). Wskazał na wyrok sygn. akt KIO 1399/18: „Zgodnie z art. 45 ust 2 Prawa budowlanego przed rozpoczęciem robót budowlanych

należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Stąd zdaniem sądu orzekającego Izby przyjęcie odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest jej immanentnym elementem. Jeżeli dana osoba nie zgodziła się przez złożenie podpisu w dzienniku budowy na przyjęcie od określonego dnia obowiązków powierzanych kierownikowi robót, nie może skutecznie twierdzić, że przy wykonywaniu tych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane kierownikowi robót, nie ponosiła za to odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Taki quasi-kierownik robót nie jest jednym z uczestników procesu budowlanego, o których mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. Pełnienie funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, która może prawidłowo przebiegać wyłącznie pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną funkcją". Podobne stanowisko zostało zaprezentowane m.in. w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 1447/18; KIO 1448/18. W uzasadnieniu tym Izba wskazała: „Ponadto, co już wynika z wcześniejszych orzeczeń, dla uznania zdobytego doświadczenia koniecznym było formalne sprawowanie funkcji, tu Kierownika Robót Mostowych. Przyjęcie stanowiska Odwołującego, iż dla oceny doświadczenia nie ma znaczenia sprawowanie formalnej funkcji technicznej w budownictwie i wystarczającym powinno być zajmowanie stanowiska odpowiadającego rzeczowo zadaniom, jakie realizuje Kierownik Robót Mostowych, prowadziłoby do sprzecznych z przepisami wniosków. Przede wszystkim oznaczałoby, że traciłyby na znaczeniu przepisy regulujące zasady prowadzenia procesu budowlanego, w tym określające zasady odpowiedzialności za realizowane pod nadzorem takiej osoby prace. Ponadto, nie byłoby możliwe ustalenie w sposób pewny czy i kiedy dana osoba rozpoczęła realizację zadań. Według Odwołującego, wskazane w świadectwach pracy okresy zatrudnienia miały być wystarczającym dowodem dla zdobytego doświadczenia na stanowisku Kierownika Robót Mostowych, z czym nie można się zgodzić. Przede wszystkim z dokumentów tych nie wynika fakt zatrudnienia przy konkretnym zadaniu (a to jego zakres był istotny dla oceny ofert z uwagi na podane parametry techniczne obiektu mostowego i wartości zadania), a ponadto dla pełnienia funkcji na zadaniu realizowanym zgodnie z warunkami kontraktowymi Fidic, konieczna jest wcześniejsza akceptacja zamawiającego, wyrażana przed przystąpieniem do pełnienia funkcji. Jedynym zatem skutecznym dowodem na fakt pełnionej funkcji na zadaniach opisanych w załączniku 2.2 były wpisy w dzienniku budowy, potwierdzające datę przyjęcia obowiązków przez Kierownika Robót Mostowych. W stanie faktycznym sprawy Pan P. J. formalnie nie został zgłoszony jako kierownik robót mostowych w ramach zadania wskazanego w Wykazie. W konsekwencji nie sposób uznać, aby ProKoncept spełnił warunek udziału w Postępowaniu, którego treść jednoznacznie odnosiła się do posiadania przez osobę dedykowaną na stanowisko Kierownika Robót doświadczenia zawodowego w wykonaniu określonego zadania na stanowisku bądź to kierownika robót mostowych, bądź też Kierownika budowy.

3) Brak wykazania przez ProKoncept, aby P. J. posiadał doświadczenie przy realizacji zadania polegającego na wykonaniu remontu, budowy lub przebudowy drogowego obiektu inżynierskiego.

Wskazane w Wykazie obiekty, przy których budowie, przebudowie lub remoncie Pan P. J. miałby rzekomo pełnić funkcję Kierownika Robót Mostowych, w ogóle nie mogą być uznane za drogowe obiekty inżynierskie w rozumieniu postanowień rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.; dalej: „Rozporządzenie”). Przedmiotowe Rozporządzenie odnosi się bowiem do drogowych obiektów inżynierskich, a więc do takich obiektów, które stanowią element drogi w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 2068, ze zm.). Natomiast obiekty wskazane w wykazie są kolejowymi obiektami inżynierskimi w rozumieniu postanowień rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 151, poz. 987, ze zm.; dalej: „Rozporządzenie Kolejowe”) - Obiekty takie stanowią część linii kolejowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 2117, ze zm.). W szczególności:

- kładka nad torami w km 42+962 była nadziemnym przejściem dla pieszych, o którym mowa w § 48 Rozporządzenia Kolejowego oraz w Części II Działu 1 pkt 1 ppkt 6) Załącznika do zarządzenia Nr 29/2005 Zarządu PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z dnia 5 października 2005 r. - Warunków technicznych dla kolejowych obiektów inżynierskich Id-2 (D2) (dalej: „Warunki Kolejowe”), a nadto w ramach wskazanej w Wykazie modernizacji linii kolejowej Warszawa - Łódź nie została ona zbudowana, przebudowana ani wyremontowana, lecz rozebrana,
- przepust w km 40+972 nie jest przepustem przez korpus drogi, lecz przepustem przez nasyp linii kolejowej, umożliwiającym przeprowadzenie linii kolejowej nad przeszkodą (§ 48 Rozporządzenia Kolejowego oraz Część II Dział

1 pkt 1 ppkt 3) Warunków Kolejowych),

- przejście pod torami w km 43+097 jest obiektem usytuowanym w obrębie stacji (stacja Żyrardów) i związanym funkcjonalnie ze stacją, umożliwiającym przeprowadzenie ruchu pieszego pod linią kolejową (§ 48 Rozporządzenia Kolejowego oraz Część II Dział 1 pkt 1 ppkt 3) Warunków Kolejowych),
- wiadukt kolejowy jest obiektem inżynieryjnym umożliwiającym przeprowadzenie linii kolejowej nad przeszkodą inną niż przeszkody wodne, a więc kolejowym obiektem inżynieryjnym w rozumieniu § 48 Rozporządzenia Kolejowego oraz Część II Dział 1 pkt 1 ppkt 2 Warunków Kolejowych.

W tych okolicznościach nie sposób uznać, aby ProKoncept wykazał posiadanie przez osobę dedykowaną do pełnienia funkcji Kierownika Robót wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy obiektu inżynierskiego w rozumieniu Rozporządzenia.

Powyższe winno skutkować wykluczeniem ProKoncept z Postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP. Zaznaczył, że wzywanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku nie jest już możliwe. Procedura ta została już przez Zamawiającego zastosowana, co zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych uniemożliwia jej ponowne zastosowanie.

3. Uzasadnienie zarzutów dotyczących wprowadzenia w błąd Zamawiającego

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 (kryteria selekcji) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, z postępowania wyklucza się również wykonawcę, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W stanie faktycznym sprawy wszystkie ww. okoliczności zostały spełnione.

Ad. 1) Co do zasady wprowadzenie zamawiającego w błąd następuje (bądź może nastąpić) poprzez przekazanie informacji nieprawdziwych. Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z istniejącym stanem rzeczy. Jest to zatem informacja wprowadzająca jej adresata w błąd z uwagi na fakt, że wywołuje u niego mylne postrzeganie rzeczywistości. Niewątpliwie wskazana przez ProKoncept w Wykazie informacja, że Pan P. J. pełnił funkcję Kierownika Robót Mostowych przy remoncie, budowie lub przebudowie określonych obiektów jest obiektywnie z rzeczywistością niezgodna - mogła ona zatem wprowadzać Zamawiającego w błędne przekonanie, że ProKoncept wspomniany warunek udziału w Postępowaniu spełniał. Podobnie należy ocenić informację, zgodnie z którą w ramach przedmiotowej inwestycji została wyremontowana, zbudowana lub przebudowana kładka dla pieszych km 42+962 - podczas gdy w istocie została ona rozebrana.

Ad. 2) Informacja wskazana w Wykazie niewątpliwie dotyczyła warunku udziału w Postępowaniu. Informacja taka miała bezpośredni wpływ na decyzję Zamawiającego o niewykluczeniu ProKoncept z Postępowania i w konsekwencji do udzielenia zamówienia temu wykonawcy.

Ad. 3) Podanie ww. informacji nastąpiło co najmniej w wyniku niedbalstwa, i to niedbalstwa rażącego. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2004 r. sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności. Ów wzorzec 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 (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02). W stosunku do profesjonalistów (do których z pewnością należą wykonawcy oferujący swoje usługi na rynku zamówień publicznych) miernik należytej staranności należy ustalać przy zastosowaniu przepisu art. 355 § 2 k.c. Zgodnie z jego treścią, należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się z uwzględnieniem zawodowego charakteru tej działalności. Jak się wskazuje w orzecznictwie, prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r. sygn. akt I ACa 347/15). Od podmiotu takiego wymaga się posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, która obejmuje nie tylko formalne kwalifikacje, ale również ustalone standardy wymagań (tak w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 7 maja 2015 r. sygn. akt I ACa 1666/14). Należyta staranność dłużnika, określona z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r. sygn. akt ICSK330/11). Pojęcie „rażącego niedbalstwa” jest nieostre i nie zawsze łatwe do oddzielenia od niedbalstwa zwykłego. W polskim orzecznictwie podkreśla się jednak konieczność obiektywizacji

tego pojęcia, oceniając je w oderwaniu od elementów subiektywnych (jak np. stan psychiczny sprawcy). W tym zakresie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 marca 2010 r. sygn. akt IV CK 151/03: „Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy Inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej.” Ponadto, jak się wskazuje w piśmiennictwie w przypadku, gdy wykonanie zobowiązania wymaga specjalnych wiadomości lub umiejętności, za rażące niedbalstwo należy uznać także jego postępowanie poniżej minimalnego, elementarnego poziomu tych wiadomości lub umiejętności (takm.in. 1 Dąbrowa, System Prawa Cywilnego, Tom III, Część 1, Prawo zobowiązań - część ogólna (red. Z Radwański) oraz M. Nestorowicz System Prawa Prywatnego, Tom VII, Prawo zobowiązań - część szczegółowa (red. J. Rajski), str. 1009 -1010). W tym zakresie wymaga dostrzeżenia, że pewnym minimum staranności, której należy wymagać od wykonawcy ubiegającego się o zamówienia publiczne, jest oczekiwanie, aby przekazywane przez niego informacje były informacjami prawdziwymi. Wykonawca, jeśli tylko posiada możliwość ich sprawdzenia (np. poprzez uzyskanie informacji od odpowiednio poinformowanych pracowników lub podmiotów, z którymi zamierza współpracować przy realizacji zamówienia publicznego) winien takiego sprawdzenia dokonać. ProKoncept winien sobie bowiem zdawać sprawę, że przekazywane informację stanowią podstawę wydatkowania istotnych środków publicznych, zaś odpowiedzialność wykonawcy za podanie informacji fałszywych jest w prawie polskim szczególnie rygorystyczna. W tych okolicznościach nie może budzić wątpliwości, że ProKoncept powinien co najmniej mieć świadomość, że osoba wskazanego w Wykazie Pana P. J. wymagań określonych w SIWZ nie spełnia. Skoro tak, to złożenie przez niego w owym Wykazie oświadczenia o spełnieniu wszystkich tych wymagań nastąpiło bez zachowania podstawowej (fundamentalnej) staranności, która jest oczekiwana od profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Powyższe powinno prowadzić do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności:

Odwołujący nie podjął próby chociażby uprawdopodobnienia, że przedłożone przez Przystępującego oświadczenia zawierają informacje nieprawdziwe, co w konsekwencji potwierdzałoby zarzuty, że Przystępujący nie dysponuje wymaganym zasobem osobowym, Wywiedzione przez Odwołującego zarzuty oparte zostały wyłącznie na przypuszczeniach i domysłach wykonawcy. Odwołujący kwestionuje prawdziwość oświadczeń złożonych przez Przystępującego, informacjami jakie są w jego posiadaniu (2 akapit s. 6 odwołania) nie przedstawiając tych informacji. Zgodnie z ogólną zasadą ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c., recypowanego do postępowania w sprawach zamówień publicznych poprzez art. 14 p.z.p. ciężar wykazania zasadności odwołania spoczywa na Odwołującym (por. wyrok SO w Katowicach z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt XIX Ga 223/09; por. wyrok SO w Łodzi z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt III Ca 1772/13). Tylko z tego powodu niniejsze odwołanie zasługuje na oddalenie.

Ustosunkowując się do treści zarzutów, Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią klauzuli 7.2 pkt 2) lit, b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca dla każdej funkcji wymienionej poniżej wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

- 1) Osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót: (...) Doświadczenie zawodowe: 1 zadanie polegające na wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy obiektu inżynierskiego na stanowisku Kierownika robót mostowych lub Kierownika budowy. Kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń
- 2) Osoba przeprowadzająca kontrolę obiektów inżynierskich: (...) Kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynierskiej mostowej bez ograniczeń*

Na końcu przedstawionej powyżej klauzuli Zamawiający dookreślił, że za obiekty inżynierskie uzna obiekty wskazane w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (dalej drogowe”). Stosownie natomiast do treści § 1 ust. 2 rozporządzenia drogowego do obiektów inżynierskich zalicza się: 1) obiekty mostowe, 2) tunele, 3)

przepusty, 4) konstrukcje oporowe. Przez obiekt mostowy na gruncie rozporządzenia rozumieć należy natomiast budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę (§ 3 pkt 1). Jednocześnie tunelem na gruncie rozporządzenia drogowego jest budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszorowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne (§ 3 pkt 2). Przystępujący złożył oświadczenie o treści zgodnej z wymogami SIWZ. W rzeczonym oświadczeniu Przystępujący wskazał do pełnienia funkcji Kierownika Robót Pana P. J., a jako doświadczenie tej osoby wskazał szereg inwestycji (m.in. wiadukt kolejowy, przejście podziemne) potwierdzających, że ww. osoba dysponuje doświadczeniem zawodowym wymaganym przez Zamawiającego. Na stanowisko przeprowadzającego kontrolę obiektów inżynierskich Przystępujący wskazał Pana M. K. . Do oświadczenia Przystępujący załączył dokumenty potwierdzające posiadanie przez w/w osoby wymaganych kwalifikacji (uprawnień). Przystępujący wykazał zatem, że posiada zdolność techniczną w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Podkreślił, że: (a) wbrew zarzutom, na etapie składania oferty, Przystępujący nie był zobowiązany do dysponowania osobami Pana J. oraz Pana K. Zgodnie z treścią klauzuli 7.2. SIWZ obowiązek ten dotyczył dopiero etapu realizacji zamówienia, Na etapie składania oferty Przystępujący zobowiązany był natomiast wyłącznie do wykazania że na etapie realizacji umowy będzie miał dostępne wymagane osoby. Nie ma zatem żadnego znaczenia gdzie na etapie składania oferty zatrudnione były ww. osoby bowiem obowiązek dysponowania nimi przez Przystępującego aktualizuje się dopiero po wyborze jego oferty, której skutkiem będzie zawarcie umowy. Gdyby przyjąć za prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że wskazanie innych osób na wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp jest niedopuszczalne i oznacza że wykonawca nie dysponował zasobem na dzień składania ofert to przepis art. 26 ust. 3 byłby przepisem martwym. Podkreślił, że z żadnego postanowienia SIWZ, ani z obowiązujących przepisów nie wynika, że wykonawca ma wykazać, iż wskazane osoby wykonawca ma dostępne już w momencie składania oświadczenia. Tym samym działanie Przystępującego jest prawidłowe, zgodne z prawem i jak najbardziej racjonalne. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy, aby ponosił on nieuzasadnione koszty zatrudnienia (w jakiegokolwiek formie) w/w osób, w przypadku w którym nie jest pewny wybrania jego oferty w postępowaniu. Ponadto, zgodnie z treścią § 11 umowy stanowiącej element SIWZ na etapie realizacji umowy Wykonawca ma możliwość zmiany zadeklarowanych osób, wskazując Zamawiającemu propozycję innych osób o tożsamych kwalifikacjach. Celem tego warunku jest zatem powiązanie wykonawcy z osobą o konkretnej tożsamości, lecz z osobą o konkretnych kwalifikacjach i doświadczeniu; (b) żaden przepis ustawy prawo budowlane, a przy tym ukształtowana praktyka nie nakłada obowiązku dokonania zgłoszenia organowi nadzoru budowlanego kierownika robót branżowych, w sytuacji gdy na budowie znajduje się kierownik budowy. Obowiązek taki zgodnie z treścią art. 41 ust, 1 pkt 4) ustawy prawo budowlane spoczywa bowiem w pierwszej kolejności na kierowniku budowy, a dopiero w przypadku jego braku aktualizuje się w stosunku do kierowników robót branżowych. Zarzucanie zatem przez Odwołującego, że Pan J. nie posiada doświadczenia na stanowisku kierownika robót mostowych przy modernizacji linii kolejowej Warszawa-Łódź Etap II LOT A z uwagi na brak takiego zgłoszenia, a przy tym wyłącznie na podstawie subiektywnego przeświadczenia Odwołującego, uznać należy za oczywiście niezasadne; (c) na gruncie przywołanego powyżej rozporządzenia drogowego obiektem inżynierskim jest również obiekt mostowy, na którym znajduje się linia kolejowa. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jest to budowla służąca przeprowadzaniu innego rodzaju komunikacji gospodarczej, stosownie do treści § 3 pkt 1 rozporządzenia drogowego. Nierozumiiałym jest zatem powoływanie się przez Odwołującego na definicje wynikające z innych rozporządzeń skoro służą one wyłącznie właściwemu stosowaniu tych konkretnych rozporządzeń, a przy tym co najistotniejsze - nie znajdują zastosowania w warunkach niniejszego SIWZ. Jeżeli zatem Zamawiający na gruncie SIWZ, określił obiekt inżynierski zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu drogowym, to niewątpliwie jest nim m.in.: wiadukt na którym znajduje się linia kolejowa stanowiąca inny rodzaj komunikacji gospodarczej; tunel w postaci przejścia podziemnego stanowiący inny rodzaj komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, w szczególności, że w rozporządzeniu drogowym, nie ma definicji kolejowego obiektu inżynierskiego, na bazie którego swoją argumentację zdaje się opierać Odwołujący. Wskazując więc do realizacji zamówienia P. J. dysponującego doświadczeniem w realizacji remontu obiektów inżynierskich, określonych w SIWZ, w ocenie Zamawiającego zrealizowany został warunek określony w klauzuli 7.2 pkt 2) b) siwz.

W ocenie Zamawiającego, za niezasadny uznać należy również zarzut Odwołującego w postaci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp bowiem nie zostały zrealizowane przesłanki w nim określone. Innymi słowy nie powstał po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania Przystępującego wobec spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu określonego w siwz.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający

stwierdził, że akceptuje przywołaną przez Odwołującego wykładnię przedmiotowych przepisów, jednakże w jego ocenie zarówno rzeczony przepis jak i ich wykładnia nie może znaleźć zastosowania w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Podkreślił, że Przystępujący złożył oświadczenie, w którym wskazał, że na etapie realizacji zamówienia będzie korzystał z usług Pana J., który pełnił funkcję kierownika robót mostowych na poszczególnych inwestycjach szczegółowo wymienionych w tym oświadczeniu. Jego zdaniem, nie tylko na etapie postępowania przetargowego, lecz również wobec treści wywiedzionego odwołania nie zostało chociażby uprawdopodobnione aby złożone oświadczenie Przystępującego było niezgodne z rzeczywistością. Podkreślił, że sam Odwołujący zdaje się nie być w pełni przekonany, co do wywodzonych twierdzeń, wskazując w treści odwołania jedynie na możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błędne przekonanie (1 akapit, s. 9 odwołania) złożenia przez Przystępującego przedmiotowego oświadczenia. Co zatem istotne, w toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest stroną ofensywną i winien przedstawić argumenty, przemawiające za uznaniem oferty przeciwnika za niezgodną z SIWZ i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izbie Odwoławczej dowodów o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (por. wyrok KIO 786/18). Jeżeli zatem Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów pozwalających na zakwestionowanie prawdziwości oświadczenia Przystępującego, a wywodzona argumentacja znajduje oparcie wyłącznie na jego subiektywnych przypuszczeniach i domniemaniach, to niewątpliwie brak jest podstaw, pozwalających zakwestionować prawdziwość oświadczenia złożonego przez Przystępującego. Natomiast aby dokonać wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji, występuje konieczność ustalenia nieprawdziwości informacji lub nierzetelności w ich przedstawianiu. Pojęcie prawdy na gruncie prawa zamówień publicznych należy rozumieć tak, jak to ma miejsce w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością, tj. z „faktami” i „danymi”. Nie jest wystarczającym dla uznania złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może podane informacje nie są ściśle lub błędne, a/e niezbędne jest wykazanie tej kwestii (por wyrok KIO 421/18). Zatem wobec zupełnej indolencji dowodowej Odwołującego również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp uznać należy za nieuzasadnione.

Reasumując stwierdził, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby czynnością Zamawiającego polegającą na wyborze oferty Przystępującego doszło do naruszenia któregośkolwiek z przepisów powołanych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca: M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą proKoncept. Budownictwo i Architektura M. B. [Przystępujący] wnosząc także o oddalenie odwołania.

Odnośnie pierwszego zarzutu (pkt 1) podał:

(a) Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jakie zostaną im powierzone. Wykonawca dla każdej funkcji wymienionej poniżej wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia. Oferent zatem musi dysponować przedmiotowymi osobami ale dopiero po podpisaniu umowy, wówczas kiedy rozpocznie się realizacja umowy. Bezzasadne byłoby podjęcie stosunku pracy przez P. J. oraz P. K. w jego firmie, w chwili, kiedy nie doszłoby do podpisania umowy pomiędzy moją firmą a Zamawiającym w przedmiotowym postępowaniu.

(b) Na potwierdzenie doświadczenia zawodowego osób, a konkretnie Kierownika Robót, należało wskazać: "zadanie polegające na wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy obiektu inżynierskiego na stanowisku Kierownika robót mostowych lub Kierownika budowy". W złożonym w dniu 18.01.2019 r. formularzu „Zdolność zawodowa - Osób (Wykaz osób)” poprawnie i zgodnie z prawdą wskazano I zadanie o nazwie: "Modernizacja linii kolejowej Warszawa - Łódź, Etap II. LOT A, Odcinek Warszawą Zachodnią – Skierniewice, Żyrardów Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów - Miedniewice" gdzie na jednym z odcinków P. J. pełnił rolę kierownika robót mostowych, na czego dowód złożył stosowne oświadczenie oraz dodatkowo potwierdzenie tego faktu przedłożył na piśmie wydanym przez realizującą ówczesnie kontrakt firmę PRB Wysowa T., G. i D.D. Sp. J. z siedzibą przy ul. Marywilskiej 36 w Warszawie. W związku z tym twierdzenie Odwołującego, jakoby Pan J. nie pełnił roli kierownika robót mostowych na wskazanym w formularzu zadaniu jest nieprawdziwe. Podał, że P. J. nieprecyzyjnie wskazał pikietaż (nr kilometra) obiektów z uwagi na brak dostępu do dokumentacji technicznej z uwagi na odległy czas jaki minął od pracy na wskazanym zadaniu oraz podjęcie stosunku pracy w innej firmie i niemożności weryfikacji wskazanych liczb pikietażowych w dokumentacji technicznej. Jednakże fakt pełnienia funkcji kierownika robót mostowych przy wskazanym w formularzu zadaniu jest rzeczywisty i prawdziwy. Na potwierdzenie swojego oświadczenia oraz spełnienia wymogów stawianych w SiWZ Pan J. wyraził chęć złożenia dowodu w postaci zeznań z przesłuchania świadka w dniu rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, gdzie wskaże precyzyjnie obiekty inżynierskie przy których remoncie, przebudowie czy budowie uczestniczył pełniąc funkcję kierownika

robót mostowych na wskazanym zadaniu. Należy pamiętać, że kluczowym dla postępowania przetargowego było wskazanie osoby z odpowiednimi kwalifikacjami zawodowymi i z doświadczeniem zawodowym na jednym zadaniu, co uczyniono. Pikietaż obiektów, choć nieprecyzyjnie, podano dobrowolnie i przede wszystkim fakultatywnie (dodatkowo) co nie było wymagane w SiWZ (wszakże brak zapisu o obligatoryjnym podaniu pikietażu obiektu) i należy traktować ten fakt jako omyłkę, która nie ma znaczenia w sprawie, a która to zostanie sprostowana w dniu posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej sprawie.

(c) Zamawiający nie wskazał jakiego typu obiekty inżynierskie mają być ów dowodem. W związku z tym, możliwe jest przedstawienie dowolnego obiektu inżynierskiego, czy to drogowego, mostowego, lotniskowego, aż w końcu kolejowego uwzględniając obiekty inżynierskie wskazane w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.). Odwołujący formułuje zarzut nieprawdziwy, niemający swojego odzwierciedlenia w wymogach SiWZ stawianych przez Zamawiającego. Zatem wskazanie 1 zadania, które to było zadaniem mieszczącym w swoim zakresie kolejowe obiekty inżynierskie, było jak najbardziej dopuszczalne. Z uwagi na powyższe wyjaśnienie wymogu stawianego w SiWZ podpunkty i. oraz ii. przytoczone przez Odwołującego stają się bezzasadne.

Odnosnie drugiego zarzutu (pkt 2) zaniechania wykluczenia ProKoncept z Postępowania z powodu niewykazania spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu podał, że wykonawca spełnia warunki. Odnosnie pkt 2.2. uzasadnienia odwołania, że (...) osoba pełniąca funkcję Kierownika Robót winna zostać zgłoszona zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego (...) podał, że obowiązek zgłoszenia kierownika robót jest nieobligatoryjny zgodnie z art. 41 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 7 lipca 1997 r. - Prawo Budowlane, 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 oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi), a także zaświadczenie o którym mowa w art. 12 ust. 7. W przypadku ustanowienia nadzoru inwestorskiego - oświadczenia inspektora nadzoru inwestorskiego, stwierdzające przyjęcie obowiązku pełnienia nadzoru inwestorskiego nad danymi robotami budowlanymi, a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7. Zgodnie z art. 17 Prawa Budowlanego uczestnikami procesu budowlanego są inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Przepis ten zawiera zamknięty katalog podmiotów będących uczestnikami procesu budowlanego, na których z tego tytułu spoczywają konkretne określone dalszymi przepisami powołanej ustawy obowiązki. W szczególności art. 42 ust. 4 tej ustawy, który stanowi, iż przy prowadzeniu robót budowlanych, do których kierowania jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno - budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić kierownika robót w danej specjalności. W przypadku kiedy na budowie, działa zarówno kierownik budowy, jak i kierownik robót, to ten pierwszy obowiązany jest do poinformowania właściwego organu o objęciu swojej funkcji i realizacja tego obowiązku wyłącza konieczność takiego informowania ze strony kierowników poszczególnych robót. Potwierdza to już sama redakcja powołanej wyżej regulacji, wskazująca na subsydiarną (posiłkową, ewentualną) aktualizację obowiązku kierownika robót, w sytuacji kiedy nie jest ustanowiony kierownik budowy: „oświadczenie kierownika budowy (robót)”. A zatem obowiązek złożenia oświadczenia po stronie kierownika robót nie powstaje, jeśli na budowie jest także kierownik budowy. Skoro przedmiotowe oświadczenia kierownika budowy ma charakter obligatoryjny, to oświadczenie poszczególnych kierowników robót branżowych nie jest niezbędne, co potwierdza „wykładnia językowa wskazanego przepisu wraz z użytą w niej liczbą pojedynczą: „oświadczenie kierownika”. Również względy celowościowe nawiązujące do usprawnienia procesu budowy wskazują, że wyprowadzenie z powołanej regulacji wymogu dodatkowego oświadczenia kierowników robót branżowych byłoby niecelowe. Kierownik budowy odpowiada za koordynację pracy kierowników robót branżowych i to objęcie przez niego funkcji podlega zgłoszeniu właściwemu organowi. W związku z powyższym bezpodstawne jest twierdzenie odwołującego, iż brak zgłoszenia kierownika robót branżowych (w tym przypadku kierownika robót mostowych) nie świadczy o fakcie, że wskazana osoba takiej funkcji nie pełniła.

Odnosnie trzeciego i czwartego zarzutu (pkt 3 i pkt 4) stwierdził, że wykonawca nie wprowadził w błąd Zamawiającego przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia o którym mowa w punkcie 7.2.3).b). Podane informacje, były zgodne z wymogami i zakresem określonym w SiWZ dotyczącym zdolności technicznej odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, były prawdziwe: wskazana osoba posiadała wymagane uprawnienia zawodowe oraz podano I zadanie potwierdzające doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika robót mostowych na kontrakcie o nazwie: "Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A. Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów -

Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów - Miedniewice".

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Pierwszy z zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący oparł na twierdzeniu, że dokonanie wyboru oferty ProKoncept jako oferty najkorzystniejszej narusza wskazane przepisy, albowiem ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odnośnie podnoszonego zarzutu wskazał, że na etapie składania oferty wykonawca nie dysponował osobami na stanowiskach: kierownika robót (...) oraz do przeprowadzania kontroli obiektów inżynierskich (p. P. J. oraz p. M. K.), gdyż w tym czasie te osoby były zatrudnione przez zupełnie inne podmioty, co oznacza, że proKoncept dopiero w trakcie postępowania uzyskał zgodę wskazanych kandydatów na współpracę w ramach zamówienia udzielanego w niniejszym Postępowaniu. Stwierdził także, że dedykowany na stanowisko Kierownika robót p. J., wbrew treści przedłożonego przez proKoncept w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych przy realizacji obiektów (kładka dla pieszych w km 42+962, przepust w km 42+972, przejście pod torami w km 43+097, wiadukt kolejowy w km 43+474) na kontrakcie: Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów - Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów - Miedniewice, co oznacza, że osoba ta nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy. Stwierdził ponadto, że proKoncept nie wykazał, aby dedykowany na stanowisko Kierownika robót p. J. posiadał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w remoncie, przebudowie lub budowie obiektu inżynierskiego wskazanego w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 ze zm.), bowiem powołał się na pełnienie przez ww. osobę funkcji kierownika robót przy: (i.) kładce dla pieszych w km 42+962, która nie była drogowym obiektem inżynierskim w rozumieniu ww. rozporządzenia, lecz kolejowym obiektem inżynierskim, a nadto kładka ta w ramach wskazanej w wykazie inwestycji została rozebrana, nie była zaś remontowana, budowana ani przebudowywana, (ii.) przepuście w km 42+972, przejściu pod torami w km 43+097 oraz wiadukcie kolejowym w km 43+474, które to obiekty nie są drogowymi obiektami inżynierskim w rozumieniu przywołanego rozporządzenia, lecz kolejowymi obiektami inżynierskimi.

Izba, mając na uwadze warunek według punktu 7.2.2 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i stan faktyczny niniejszej sprawy oraz uwzględniając także okoliczności podnoszone w odwołaniu, stwierdziła, że zarzut nie jest zasadny. Przede wszystkim Izba podzieliła pogląd Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, że zarzut kluczowy skierowany do oferty Przystępującego (niespełnienie warunku udziału dotyczącego posiadania zdolności technicznej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) jest skutkiem nieuzasadnionej interpretacji wymagań i klauzul zawartych w punkcie 7. 2.3 pkt 2) lit. b) specyfikacji.

(1)Zgodnie z klauzulą punktu 7.2.3 pkt 2) lit. b) siwz kandydaci proponowani o wymaganych kwalifikacjach) – wskazane osoby: (1) do pełnienia funkcji Kierownika robót oraz (2) do przeprowadzenia kontroli obiektów inżynierskich) - mają być dostępne na etapie realizacji zamówienia. Tym samym wskazywany w odwołaniu i na rozprawie fakt zatrudnienia tych kandydatów na etapie składania oferty w innych jednostkach (przez inne podmioty) nie oznacza, że proKoncept nie spełniał – w świetle argumentacji Odwołującego - warunku udziału w postępowaniu w chwili składania oferty. Izba zwraca uwagę, że zmiana kandydatów jest skutkiem zastosowania procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zdaniem Izby ujawniony brak posiadania wymaganego doświadczenia przez wskazywanego przez wykonawcę kandydata na stanowisko, czy ujawniony po upływie terminu składania ofert brak dysponowania (tak jak w tym przypadku w okresie realizacji zamówienia) przez wykonawcę osobą o odpowiednim doświadczeniu, wymaga wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych braków w trybie 26 ust.3 ustawy Pzp.

(2)Zgodnie z klauzulą punktu 7.2.3 pkt 2) lit. b) pkt 1) siwz osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika robót m.in. miała wykazać się na potwierdzenie Doświadczenia zawodowego 1 (jednym) zadaniem polegającym (...) na wykonaniu remontu, przebudowy lub budowy obiektu inżynierskiego na stanowisku Kierownika robót mostowych lub Kierownika budowy. W tym przypadku Odwołujący wskazując na przepisy Prawa budowlanego odnoszące się do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stwierdził, że kandydat ten nie pełnił funkcji kierownika robót mostowych przy realizacji obiektów wskazanych na kontrakcie w ramach zadania: „Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów - Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów – Miedniewice”. Wskazał na dowód tego brak stosownego zgłoszenia zgodnie z przepisami prawa budowlanego, (także inwestorowi odpowiedzialnemu za modernizację linii kolejowej, o której mowa w Wykazie), stwierdzając że dla pełnienia funkcji na zadaniu realizowanym zgodnie z warunkami kontraktowymi Fidic, konieczna jest wcześniejsza akceptacja zamawiającego, wyrażana przed przystąpieniem do pełnienia funkcji.

Izba wskazuje, że w opisie warunku Zamawiający nie odwołuje się dopełnionych funkcji na zadaniu realizowanym zgodnie z warunkami kontraktowymi Fidic. Przystępujący przedłożył natomiast na rozprawie oświadczenie PRB „Wysowa” T. D., G.i D.D. Sp. Jawna, w którym firma ta potwierdza wykonywanie przez P. J. robót na stanowisku kierownika robót mostowych na kontrakcie w firmie PRB „Wysowa” dotyczącym zadania: „Modernizacja linii kolejowej Warszawa — Łódź, Etap II, LOT A, odcinek Warszawa Zachodnia — Skierniewice, Żyrardów — Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów — Miedniewice przy robotach na obiektach inżynieryjnych. Uczestnictwo wykonawcy PRB Wysowa na tym zadaniu w realizacji robót nie jest kwestionowane. Także nie była kwestionowana prawdziwość złożonego oświadczenia i fakt uczestnictwa tego kandydata (P. J.) w realizacji tego zadania. Przystępujący na potwierdzenie doświadczenia kandydata przedłożył także Umowę o współpracę z dnia 21.10.2013 r. która została zawarta przez PRB „Wysowa” (...) z P. J. prowadzącym działalność gospodarczą pn.: Estakade-Żelbety P. J.. W tej umowie m.in. w paragrafie 1 ust.1 pkt 1 wskazano, że jej „przedmiotem było kierowanie robotami budowlanymi jako kierownik robót mostowych”, a w jego ust.3 w pkt 1 wskazano na „prace z zakresu kierowania i realizacji robót budowlanych na obiektach inżynieryjnych” na zadaniach: w punkcie 2. „Modernizacja linii kolejowej Warszawa-Łódź, Etap II, LOT A, Odcinek Warszawa Zachodnia - Skierniewice, Żyrardów - Radziwiłłów oraz na odcinku Radziwiłłów – Miedniewice” oraz w punkcie 3. „Budowa obwodnicy Augustowa w ciągu drogi krajowej Nr 8 na odcinku od Węzła Augustów do Węzła Szkocja”. W dalszej Części tego dokumentu wskazano na obowiązki świadczenia pracy m.in. 1. (...) przy kierowaniu robotami budowlanymi branży mostowej przy kierowaniu robotami budowlanymi zgodnie z dokumentacją projektową poprzez bezpośredni nadzór (...). Izba dodatkowo zwraca uwagę, że prace w ramach pierwszego z zadań były wykonywane w roku 2015 (a po korekcie Przystępującego w roku 2016) a zatem już po uzyskaniu stosownej decyzji o przyznanych uprawnieniach budowlanych (decyzja z 30 grudnia 2014 r.). Izba podkreśla, że zgodnie z opisem wymagania należało wskazać tylko nazwę zadania i ta okoliczność, co do samego zadania, nie jest w odwołaniu kwestionowana. Z kolei, co do opisu obiektów i ich pikietażu niewątpliwie dane takie nie były wymagane w specyfikacji, zostały podane dodatkowo, a popełnione omyłki wskazywane i prostowane przez Przystępującego m.in. także złożonym oświadczeniem przez PRB Wysowa należało traktować jako omyłki, które nie miały znaczenia w niniejszej sprawie dla oceny faktu rzeczywistego uczestnictwa kandydata przy wykonywaniu prac na tym zadaniu na stanowisku kierownika robót mostowych.

Reasumując, Izba (za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej - przykładowo: wyrok KIO 1414/18) stwierdza, że w przypadku uznania, że warunek udziału w postępowaniu został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie (lub wieloznacznie), że możliwa jest (z uwzględnieniem celu, jakemu ten warunek ma służyć) jego różna interpretacja – to powstała wątpliwość powinna zostać rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy. Wówczas uznaje się warunek za spełniony nawet wtedy, gdy taka interpretacja może prowadzić w danym postępowaniu do obniżenia wymagań.

(3)W punkcie 7.2.3 pkt 2) Zamawiający wskazał, że „Za obiekty inżynierskie Zamawiający uzna obiekty wskazane rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (...)”. Zamawiający zatem w przypadku tego Postępowania określił w specyfikacji obiekt inżynierski zgodnie z definicją zawartą w „rozporządzeniu drogowym”, i zgodnie z tą definicją obiektem inżynierskim jest m.in.: wiadukt na którym znajduje się linia kolejowa stanowiąca inny rodzaj komunikacji gospodarczej czy tunel w postaci przejścia podziemnego stanowiący inny rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową. Powoływanie się przez Odwołującego na definicje wynikające z innych rozporządzeń nie znajdują zastosowania w warunkach tego Postępowania.

Powyższe ustalenia tym samym powodują, że pozostałe zarzuty z pkt 2, pkt 3 i pkt 4 odwołania odnoszące się do podstaw wykluczenia wykonawcy: art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 - w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy 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. z 2018 r. poz. 972).

.....