Sygn. akt KIO 83/21

WYROK
z dnia 8 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Grabarczyk
Protokolant:Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SPEC-BRUK Sp. z o. o. Sp. k. w Libiążu, PROGRES Budownictwo Sp. z o. o. w Krakowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Tramwajom Śląskim S.A. w Chorzowie unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o. o. w Krakowie oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Tramwaje Śląskie S.A. 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 Przedsiębiorstwo Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od Tramwajów Śląskich S.A. w Chorzowie na rzecz Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o.o. w Krakowie kwotę 24.488 zł 55 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta osiemdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 83/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Śląskie S.A. w Chorzowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest przebudowa torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną w Sosnowcu w ciągu ulic: ul. gen. W. Andersa od ul. Wojska Polskiego do Ronda Ludwik, ul. 1 Maja od Ronda Ludwik do Ronda E. Gierka - zadanie 2.8.1.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 147-361927.Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający wykluczył z udziału w postępowaniu wykonawcę Przedsiębiorstwa Inżynieryjnych Robót Kolejowych „TOR-KRAK" Sp. z o. o. w Krakowie, który 7 stycznia 2021 r. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania i w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, w sytuacji, gdy nie zostały kumulatywnie spełnione przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, a wykonawcy nie można przypisać winy w zakresie przekazanych informacji dotyczących doświadczenia K. S., ponadto złożone w postępowaniu informacje nie wprowadzały w błąd, ani nie miały istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 i ust. 2 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania, pomimo iż odwołujący wykazał, że K. S. daje rękojmię należytego wykonania zamówienia przez odwołującego.
Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
3. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
Ponadto wniósł o:
1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z akt postępowania, w tym załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w pisemnym lub ustnym uzasadnieniu;
2. przyznanie odwołującemu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o spis kosztów przedstawiony na rozprawie;

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. w Sopocie, NDI SOPOT S.A. w Sopocie oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia SPEC-BRUK Sp. z o. o. Sp. k. w Libiążu, PROGRES Budownictwo Sp. z o. o. w Krakowie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując

termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, w czasie której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią Rozdziału XIV pkt 5.3.2 SIWZ określającego kryterium oceny ofert w podkryterium: kierownik robót elektrycznych, wykonawca mógł otrzymać dodatkowe punkty, jeżeli wykazał, że osoba wyznaczona do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika robót elektrycznych, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert kierowała jako kierownik budowy, kierownik robót elektrycznych lub kierownik robót elektroenergetycznych co najmniej dwoma robotami budowlanymi polegającymi na przebudowie lub budowie sieci trakcyjnej tramwajowej o długości odcinka min. 1000 m dla każdej roboty budowlanej. Za każde dodatkowe zadanie wykonawca mógł otrzymać 1 pkt, lecz nie więcej niż 5 pkt. Warunkiem uznania, iż dane doświadczenie osoby kierowanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych spełnia wymagania określone powyżej, było pełnienie wymaganych funkcji w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego i potwierdzenie tego wpisem do dziennika budowy lub też w przypadku robót budowlanych nie wymagających wpisu do dziennika budowy, zgłoszenie zamawiającemu do pełnienia powyższych funkcji przy realizacji robót budowlanych w ramach struktury organizacyjnej wykonawcy.
W odpowiedzi odwołujący wskazał jako kierownika robót elektrycznych Pana K. S. oraz posiadane przez niego doświadczenie uzyskane w związku z wykonaniem umów: 1. "Budowa linii tramwajowej ulicy Obiegowej zajezdni postojowej dla autobusów przy ul. Gen. Sikorskiego wraz z przebudową dróg i skrzyżowań dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej - w zakresie odcinka obejmującego al. Piłsudskiego, Pl. Jana Pawła II, ul. 11 Listopada, PL Jedności Słowiańskiej i ul. Pieniężnego w Olsztynie w ramach projektu pn. Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie" zakres: budowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1,127 km zleceniodawca: Balzola Polska Sp. z o.o. al. Jana Pawła III 12, 00-124 Warszawa data wykonania: od 08.05.2015 r. do 16.10.2015 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
2. „Zadanie nr 1 - 03830 Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji we Wrocławiu - Etap II w zakresie Przebudowa pętli tramwajowej Oporów wraz z odcinkiem torowiska od pętli tramwajowej Cmentarz Grabiszyński" zakres: budowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1570 mtp zleceniodawca: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. ul. Lipowa 5a, Wysoka, 52-200 Wrocław data wykonania: od 14.07.2015 r. do 21.10.2015 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
3. „Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem - odcinki 4,5,6,7” zakres: przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 6,925 km zleceniodawca: Europoles Kromiss Sp. z o.o. ul. Legionów 92; 42-202 Częstochowa data wykonania: od 25.05,2015 r. do 16.12.2015 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
4. „Rozbudowa ulicy Inflanckiej w Łodzi na odcinku od ul. Strykowskiej do ul. Łagiewnickiej” zakres: Przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1,18 km zleceniodawca: SKANSKA S.A. ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa data wykonania: od 23.05.2014 r. do 18.12.2014 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
5. „Poprawa stanu technicznego torów wraz z trakcja tramwajowa w ciągu ul. Mickiewicza na odcinku od pętli Sępolno do rozjazdu na skrzyżowaniu ul. Mickiewicza i ul. Paderewskiego we Wrocławiu” zakres: Przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1720 mtp zleceniodawca: Z. Z. Przedsiębiorstwo Drogowe ul. Chałupnicza 21, 51-503 Wrocław data wykonania: od 16.01.2012 r. do 21.03.2012 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
6. "Przebudowa pl. Bema we Wrocławiu" zakres: przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1,19 km zleceniodawca: Przedsiębiorstwo Drogowe DROBUD J. K. ul. Lidzbarska 47; 54-111 Wrocław data wykonania: od 15.01.2009 r. do 30.09.2010 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych;
7. Przebudowa sieci trakcyjnej w ul. Legnickiej na odcinku od Pl. Jana Pawła II do ul. Kruszwickiej we Wrocławiu" zakres: przebudowa sieci trakcyjnej tramwajowej - 1,68 km zleceniodawca: Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Sp. z o. o. ul. B. Prusa 75-79; 50-316 Wrocław data wykonania: od 02.07.2012 r. do 24.07.2012 r. pełniona funkcja: kierownik robót elektrycznych (dowody: SIWZ, formularz oferty i JEDZ odwołującego - kopie w aktach sprawy).

Zamawiający pismem z 28 października 2020 r. wybrał ofertę odwołującego, co zakwestionował przystępujący konsorcjum SPEC-BRUK wnosząc odwołanie 6 listopada 2020 r.w którym zarzuciło, że K. S. nie posiada doświadczenia opisanego w ofercie. Zamawiający 10 listopada 2020 r. unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Wobec tego konsorcjum SPEC-BRUK cofnęło odwołanie w pozostałym zakresie i postępowanie odwoławcze zostało umorzone (dowody: pisma i postanowienie KIO - kopie w aktach sprawy).
Pismem z 10 listopada 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia w wyjaśnień w terminie do dnia 18 listopada 2020 r. co do treści oferty w zakresie doświadczenia K. S. . Odwołujący pismem z 18 listopada 2020 r. udzielił zamawiającemu wyjaśnień. Złożył również wyjaśnienia uzupełniające pismem z 8 grudnia 2020 r. w związku z przedłużeniem przez zamawiającego terminu do złożenia wyjaśnień (dowody: pismo zamawiającego z 10 listopada 2020 r. oraz odpowiedzi odwołującego z 18.11.2020 r. i 8.12.2020 r. z załącznikami).
Zamawiający ocenił uzyskane wyjaśnienia i pismem z 30 grudnia 2020 r. wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że odwołujący wykazał pełnienie przez Pana K. S. funkcji kierownika robót energetycznych zgodnie z wymaganiami SIWZ na kontraktach wskazanych w pkt 2 i 6 wykazu:
1. „Zadanie nr 1 - 03830 Zintegrowany System Transportu Szynowego w Aglomeracji we Wrocławiu - Etap II w zakresie Przebudowa pętli tramwajowej Oporów wraz z odcinkiem torowiska od pętli tramwajowej Cmentarz Grabiszyński";
2. "Przebudowa pl. Bema we Wrocławiu".
Zamawiający uznał, że w odniesieniu do pozostałych robot odwołujący nie pełnił funkcji kierownika robót zgodnie z SIWZ, co uzasadnia czynność wykluczenia odwołującego z postępowania.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach podniesionych w nim zarzutów. Zarzuty odwołania dotyczyły podstaw faktycznych i prawnych wskazanych w informacji o wykluczeniu odwołującego. Zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wyłącznie z tego powodu, że Pan K. S. nie pełnił funkcji kierownika robót elektrycznych zgodnie z SIWZ. Podnoszona przez przystępujące konsorcjum SPEC-BRUK okoliczność, że długość toru tramwajowego na inwestycji rozbudowa ul. Inflanckiej w Łodzi na odcinku od ul. Strykowskiej do ul. Łagiewnickiej jest mniejsza niż wymagane przez zamawiającego 1000 m, nie była przyczyną wykluczenia odwołującego z postępowania, w konsekwencji nie została poruszona w odwołaniu i nie była uwzględniona jako podstawa rozstrzygnięcia. Art. 192 ust. 7 Pzp nie pozwala na rozpoznanie zarzutów nie podniesionych w odwołaniu, zaś zarzut tworzą powiązane ze sobą okoliczności faktyczne i prawne. Zasady postępowania odwoławczego, w szczególności kontradyktoryjności i równości stron wymagają, aby po wniesieniu odwołania zakres badania odwołania przez Izbę nie był zmieniany, ani rozszerzany.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu 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.
Punktem odniesienia wprowadzenia w błąd zamawiającego, o którym mówi powołany przepis, są postanowienia SIWZ. W okolicznościach sporu są to postanowienia Rozdziału XIV pkt 5.3.2 SIWZ,opisujące wymagania umożliwiające uzyskanie punktów w podkryterium: kierownik robót elektrycznych.
Izba uwzględniła, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odniósł się do swoich wymagań zapisanych w tym punkcie SIWZ w sposób ogólny, nie wskazując konkretnie, co było podstawą wykluczenia. Ocena zarzutów odwołania prowadzi do konstatacji, że zamawiający wykluczył odwołującego z powodu braku potwierdzenia pełnienia przez Pana K. S. funkcji kierownika robót elektrycznych wpisem w dzienniku budowy lub zgłoszeniem.
Lektura podstaw przyznawania punktów w podkryterium kierownik robót elektrycznych prowadzi do przekonania, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania dokonał wykładni postanowień Rozdziału XIV pkt 5.3.2 SIWZ wbrew ich brzmieniu. Zamawiający w informacji o wykluczeniu wymagania zapisane w tym postanowieniu traktuje łącznie, podczas gdy z SIWZ wynika, że możliwość otrzymania punktów w tym pokryterium uzależniona jest od spełnienia wymagań o charakterze materialnym i formalnym. W aspekcie materialnym zamawiający wymagał, aby dana osoba kierowała jako kierownik budowy, kierownik robót elektrycznych lub kierownik robót elektroenergetycznych budową o określonym przedmiocie i cechach. Zamawiający wymagał również, aby dana osoba pełniła funkcję kierownika budowy w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego. W aspekcie formalnym zamawiający ustalił, że przyzna punkty, jeśli pełnienie funkcji kierownika budowy zostanie potwierdzone wpisem w dzienniku budowy lub - w przypadku robót budowlanych nie wymagających pozwolenia na budowę - zgłoszeniem zamawiającemu do pełnienia tej funkcji w ramach struktury organizacyjnej wykonawcy.
Izba zważyła, że oddzielenie w SIWZ aspektu materialnego od formalnego uzasadnia tezę, że brak spełnienia wymagania o charakterze formalnym nie musi prowadzić do wykluczenia z udziału w postępowaniu, jego skutkiem przewidzianym w SIWZ jest bowiem nieprzyznanie punktów w ramach oceny ofert. W okolicznościach sporu Izba uznała czynność wykluczenia z postępowania z powodu braku spełnienia wymagań formalnych za sankcję zbyt surową.
Dostrzec bowiem trzeba, że art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp pozwala na wykluczenie wykonawcy z postępowania wyłącznie w sytuacji, gdy działaniu wykonawcy można przypisać cechy lekkomyślności lub niedbalstwa. W okolicznościach sporu działaniu odwołującego nie można przypisać takich cech.
Izba uwzględniła bowiem, że pogląd o lekkomyślnym lub niedbałym zachowaniu odwołującego zamawiający i przystępujący budują wyłącznie w oparciu o informacje uzyskane bezpośrednio od zamawiających w postępowaniach referencyjnych wskazanych przez odwołującego. Uszło całkowicie ich uwadze, że w większości powołanych umów Pan K. S. funkcję kierownika robót pełnił w ramach podwykonawstwa.
W tym kontekście należy zwrócić uwagę na trzy kwestie. Po pierwsze, potwierdzeniem sprawowania funkcji w ramach podwykonawstwa może być oświadczenie wykonawcy, na rzecz którego podwykonawca działał. Regułą jest bowiem potwierdzenie wykonania umowy przez podmiot, na rzecz którego dana umowa była wykonywana. Po drugie, w sytuacji, gdy kierownik robót jest przedstawicielem podwykonawcy, podmiotem, który powinien dokonać jego zgłoszenia zamawiającemu jest wykonawca. Po trzecie, o ile wykonawca zgodnie z art. 474 k.c. odpowiada za działania podwykonawcy, o tyle nie ma podstaw do przypisania podwykonawcy odpowiedzialności za działanie wykonawcy i obciążenia go konsekwencją jego zaniechań.

Z tych względów zamawiający nie powinien ignorować oświadczeń wykonawców, którzy potwierdzili pracę Pana K. S., koncentrować się wyłącznie na oświadczeniach zamawiających w danych postępowaniach oraz w sytuacji sprzeczności tych oświadczeń, czy powstania wątpliwości wyciągać negatywne skutki dla wykonawcy. Zamawiający i przystępujący po jego stronie stracili z pola widzenia, że ustawa w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakładając ciężar wykazania spełniania tych warunków na wykonawcę. Natomiast w odniesieniu do kryteriów oceny ofert oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp obowiązuje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, o którym mowa w art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 k.c. Przepisy te ustalają, że ciężar dowodu faktów spoczywa na tym, kto z nich wywodzi skutki prawne. Zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nie może zatem opierać się wyłącznie na swoich wątpliwościach.
Omówione przekonanie składu orzekającego wzmacnia również to, że w razie pełnienia funkcji kierownika robót w ramach podwykonawstwa może mieć miejsce sytuacja, w której dana osoba pełni funkcję kierownika robót, lecz nie jest w stanie wykazać tego zgłoszeniem wymaganym przez zamawiającego. Sytuacja taka może zaistnieć po pierwsze, gdy wykonawca wbrew ciążącym na nim obowiązkowi nie zgłasza inwestorowi podwykonawcy. Po drugie, gdy na budowie działa zarówno kierownik budowy, jak i kierownik robót branżowych, to jedynie pierwszy obowiązany jest co do zasady

poinformować właściwy organ o objęciu swojej funkcji. Jeśli nie powstaje obowiązek składania oświadczeń przez kierownika robót branżowych, osoba ta może nie zostać zgłoszona zamawiającemu i nie być widoczna w dokumentacji inwestycji.
Wskazane specyficzne uwarunkowania są widoczne w okolicznościach sprawy.
W odniesieniu do pierwszej z powołanych inwestycji "Budowa linii tramwajowej ulicy Obiegowej zajezdni postojowej dla autobusów przy ul. Gen. Sikorskiego wraz z przebudową dróg i skrzyżowań dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej" część D Pan S. mógł pozostawać w uzasdnionym przekonaniu, że został zgłoszony jako kierownik robót. Inżynier kontrakty odmówił bowiem zatwierdzenia na tym stanowisku Pana C. . Skoro w jego miejsce miał zostać wskazany Pan S., mógł on przypuszczać, że wykonawca dokona zgłoszenia jego osoby. Fakt podania przez Balzola, że osoba nie zatwierdzona przez inżyniera kontraktu pełniła obowiązki kierownika robót, świadczy w tym przypadku negatywnie o staranności tego wykonawcy.
We wskazanym przez odwołującego w piśmie z 18 listopada 2020 r. odcinku A inwestycji „Budowa linii tramwajowej, ulicy Obiegowej, zajezdni postojowej dla autobusów przy al. Gen. Sikorskiego wraz z przebudową dróg i skrzyżowań dla potrzeb poprowadzenia linii tramwajowej - obejmującym ulice Witosa Płoskiego - Sikorskiego i Tuwima w Olsztynie w ramach projektu pn. „Modernizacja i rozwój zintegrowanego systemu transportu zbiorowego w Olsztynie", Pan K. S. pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych, co potwierdza oświadczenie wykonawcy Skanska S.A.Jednak Prezydent Miasta Olsztyna w piśmie z 23 listopada 2020 r. sprzecznie z tym oświadczeniem stwierdził, że „w dokumentacji inwestycji zrealizowanej w 2015 roku, nie stwierdzono, aby Pan K. S. występował jako kierownik robót eklektycznych (energetycznych) na przedmiotowym odcinku, a także brak jest stosownych wpisów do dziennika budowy, czy też na liście obecności na Radach Budowy i naradach technicznych. "
Również sprzeczne informacje dotyczą roboty budowlanej wskazanej w 5 pozycji wykazu „Poprawa stanu technicznego torów wraz z trakcją tramwajową w ciągu ul. Mickiewicza na odcinku od pętli Sępolno do rozjazdu na skrzyżowaniu ul. Mickiewicza i ul. Paderewskiego we Wrocławiu" odwołujący uzyskał sprzeczne informacje. Z jednej strony wykonawca – Z. Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z. Z. Przedsiębiorstwo Drogowe z siedzibą we Wrocławiu potwierdził, że K. S. pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych na zadaniu, z drugiej natomiast zamawiający na tej inwestycji - ZDiUM we Wrocławiu - złożył oświadczenie przeciwne informując, że K. S. nie pełnił funkcji kierownika robót elektrycznych.
Zwraca uwagę, że również na inwestycjach pn. Rozbudowa i modernizacja trasy tramwaju w relacji Wschód-Zachód (Retkinia - Olechów) wraz z systemem zasilania oraz systemem obszarowego sterowania ruchem - odcinki 4,5,6,7", „Rozbudowa ulicy Inflanckiej w Łodzi na odcinku od ul. Strykowskiej do ul. Łagiewnickiej" oraz „Przebudowa sieci trakcyjnej w ul. Legnickiej na odcinku od Pl. Jana Pawła II do uf Kruszwickiej we Wrocławiu" Pan K. S. świadczył swoje usługi jako podwykonawca, stąd oświadczenia zamawiających o braku odnalezienia go w dokumentacji postępowania albo brak zgłoszenia zamawiającemu nie oznacza wprost, że nie pełnił on funkcji kierownika budowy. Realizacja obowiązku zgłoszenia nie zależała od działania Pana S. .
Kierując się tymi racjami Izba uznała, że wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp byłoby działaniem nieproporcjonalnym, nadmiernym w stosunku do celu ustalenia podkryterium oceny ofert. Niewątpliwe jest bowiem, że Pan K. S. posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego, a brak jego wykazania w sposób przez zamawiającego ustalony może być utrudniony, nawet dla wykonawcy działającego z należytą starannością.
W związku z tym Izba uznała, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Sprzecznym z zasadami uczciwej konkurencji jest bowiem wykluczanie wykonawcy z powodu wprowadzenia w błąd zamawiającego z pominięciem okoliczności faktycznych sprawy, z których wynika przeciwny stan rzeczy. Również narusza art. 7 ust. 1 Pzp wykluczenie z udziału w postępowaniu jedynie na podstawie wątpliwości zamawiającego, w sytuacji, gdy wprowadzenie w błąd zamawiającego nie jest pewne.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 574 i 575 Pzp, uwzględniając koszty związane z zastępstwem zamawiającego przez pełnomocniczka w kwocie wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 4.488 zł 55 gr, zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 poz. 2137).
Pouczenie o długości terminu na wniesienie skargi od orzeczenia Izby oraz ustalenie sądu okręgowego miejscowo właściwego do rozpatrzenia skargi wynika z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020).

Przewodniczący:.....