Sygn. akt: KIO 2444/21

WYROK

z dnia 4 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy i ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. wykonawcy Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób w zakresie osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy/kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt

10.1.2.2. ppkt 2 lit. a SWZ;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy na rzecz odwołującego ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie kwotę 23 600 zł 00 gr (słowni: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postepowania poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 2444/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Koleje Dolnośląskie Spółka Akcyjna z siedzibą w Legnicy (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Spółki Koleje Dolnośląskie S.A.". (nr ref. KD/OZ/U/17/2021). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 maja 2021 r. pod numerem 2021/S 092-239663. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 sierpnia 2021 r. wykonawca ZUE Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z pkt. 10.1.2.2. ppkt. 2 lit.a SWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy Berger Bau sp. z o.o. (dalej jako „Berger Bau") do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 8), podczas gdy przedłożony dokument zawiera błędy, gdyż nie potwierdza on spełnienia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ, co wynika z faktu, że w odniesieniu do wskazanej przez ww. osoby nie można uznać, aby posiadał on co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku Kierownika budowy lub doświadczenia polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno-budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20.000 m3, o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej (stalowo-żelbetowej) wraz z budową przyłączy wodno-kanalizacyjnych i elektroenergetycznych. Wskazana przez ww. wykonawcę osoba Pana D. K. bowiem nie posiada wymaganego okresu (5 lat) doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy, a dodatkowo w odniesieniu do żadnego ze wskazanych w jego przypadku

zadań (siedmiu) nie można mówić o budowie hali o kubaturze min. 20.000 m3, co jednocześnie świadczy o niedochowaniu przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców, jak i świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, które to zasady wymagają, aby w wypadku takiej sytuacji jak opisanej w odwołaniu zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 o uzupełnienie podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty Berger Bau jako najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu wezwania

Berger Bau do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób (stanowiącego załącznik nr 8) celem wykazania spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący po przedstawieniu stanu faktycznego sprawy podniósł, że wskazany przez Berger Bau w wykazie osób pan D. K., nie dysponuje co najmniej 5-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy wymaganym w ww. warunku udziału w postępowaniu. Zauważył, że samo wyliczenie dat podanych przez ww. wykonawcę (dalej także jako Berger) a ujętych w wykazie, powoduje, że byłby to okres 58,03 miesięcy (1741 dni) - czyli 4,84 roku. Znaczna część okresów, w których kierownik budowy pełnił swoją funkcję - się bowiem pokrywa. Zgodnie natomiast z ugruntowanym orzecznictwem KIO, czy sądów administracyjnych (Odwołujący wskazał przykłady orzeczeń) jeżeli warunkiem udziału w postępowaniu był określony staż, z natury rzeczy jako zasadę należy przyjąć obliczanie go bez uwzględniania liczby zadań wykonywanych w tym samym czasie. Odwołujący wskazał, że czas, w którym kierownik budowy pełnił swoją funkcję w zakresie zadania nr 1 i nr 2, opisanych w ww. tabeli - pokrywa się. Doświadczenie dotyczące pierwszego zdania przypada od 10.03.2015 r. do 29.07.2016 r., natomiast drugie zadanie dotyczy doświadczenia od 10.10.2014 r. do 29.01.2016 r. Łatwo

więc stwierdzić, że okres od 10.03.2015 r. do 29.01.2016 r. jest zdublowany. Dlatego też odnośnie doświadczenia w zakresie zadania nr 1 i 2 - należałoby je liczyć od 10.10.2014 r. do 29.07.2016 r. - co daje łącznie 658 dni. Do dublowania czasu nabywania doświadczenia dochodzi również w ramach zadania nr 5 i nr 6, opisanych w ww. tabeli. Doświadczenie dotyczące zadania nr 5 przypada od 19.09.2018 r. do 31.10.2018 r., natomiast doświadczenie dotyczące zadania nr 6 przypada od 09.02.2018 r. do 01.07.2019 r. Wskazać więc należy, że czas nabywania doświadczenia z zadania nr 5 (19.09.2018 r. do 31.10.2018 r.) w całości zawiera (pokrywa) się z czasem realizacji zadania nr 6 (09.02.2018 r. do 01.07.2018 r.). Dlatego też do doświadczenia dotyczącego pełnienia funkcji kierownika budowy nie można wliczać okresu podanego przez wykonawcę odnośnie zadania nr 5.

Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, iż doświadczenie kierownika budowy, gdyby uznać za prawidłowe daty wskazane w Wykazie, winno być liczone w następujący sposób: a) w ramach zdania nr 1 i nr 2 - od 10.10.2014 r. do 29.07.2016 r. - co daje 658 dni pełnienia funkcji kierownika budowy, b) w ramach zdania nr 3 - od 08.09.2016 r. do 30.10.2017 r. - co daje 417 dni pełnienia funkcji kierownika budowy, c) w ramach zadania nr 4 - od 1.10.2019 r. do 21.10.2019 r. - co daje 20 dni pełnienia funkcji kierownika budowy, d) w ramach zadania nr 5 i 6 - od 09.02.2018 r. do 01.07.2019 r. - co daje 507 dni pełnienia funkcji kierownika budowy, e) w ramach zadania nr 7 - od 02.01.2021 r. do 21.05.2021 r. - co daje 139 dni pełnienia funkcji kierownika budowy, co daje łączną wartość 1.741 dni - co przy przyjęciu, zgodnie z art. 8 PZP w zw. z art. 114 k.c., że miesiąc należy liczyć za 30 dni - czas pełnienia funkcji kierownika budowy przez osobę wskazaną do pełnienia tej funkcji wynosi 58,03 miesiąca - czyli 4,84 roku. W konsekwencji osoba wskazana przez Berger Bau do pełnienia funkcji kierownika budowy nie legitymuje się wymaganym 5 letnim doświadczeniem na stanowisku kierownika budowy.

Odwołujący zauważył ponadto, że Berger Bau wpisał nieprawidłowe daty. I tak w odniesieniu do zadania nr 1 (przedszkole nr 8) wpisana była data pełnienia funkcji od dnia 10.03.2015 r., co było datą podpisania umowy, a nie datą pełnienia funkcji kierownika budowy. Na tym zadaniu osoba ta pełniła funkcję kierownika budowy od dnia 28.07.2015 r. (a więc ponad 4 miesiące później). Jako dowód Odwołujący załączył pismo Zarządu Inwestycji Miejskich we Wrocławiu z dnia 12.08.2021 r. Odwołujący dodał, że także w odniesieniu do zadania nr 2 mamy do czynienia analogicznie z nieprawdą, to jest na zadaniu tym wskazana osoba nie pełniła funkcji kierownika budowy od dnia 10.10.2014 r. W tej dacie bowiem dopiero nastąpił wybór przedmiotowego wykonawcy - na zadanie, które miało być realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj. Tym samym w żadnej mierze pan D. K. nie mógł rozpocząć pełnienia z tą datą funkcji kierownika budowy - skoro w tej dacie nawet jeszcze nie podpisano umowy, nie mówiąc o tym, że kierownik może być ustanowiony po tym, jak zakończą się prace projektowe, a wykonawca uzyska stosowne pozwolenia (wcześniej nie ma czego budować, skoro prace takie są dopiero projektowane). Owe pozwolenie zostało wydane w dniu 03.04.2015 nr 1580/15 wg oficjalnego zestawienia Urzędu Miasta Wrocławia wydanych decyzji w sprawie pozwolenia na budowę na stronie internetowej. Dodatkowo wedle informacji prasowych - projektowanie było przewidziane na około 6 miesięcy, a prace budowlane miały się rozpocząć nie wcześniej niż na wiosnę 2015 r. („Prace budowlane ruszą jednak nie szybciej niż wiosną 2015 roku"). Jako dowód Odwołujący załączył wydruk ze strony Urzędu Miasta Wrocławia wraz z wykazem, ogłoszenie z dnia 10 października 2014 r. dotyczące wyboru wykonawcy Berger Bau Polska sp. z o.o. jako wykonawcy na zadaniu nr 2 oraz wydruk ze strony internetowej dotyczący faktu
wybory Berger Bau i wskazania okresu rozpoczęcia prac budowlanych. W konsekwencji więc okres pełnienia funkcji jest jeszcze znacznie krótszy, a mianowicie zamiast wskazanej daty 10.10.2014 jako rozpoczęcia pełnienia funkcji powinna być wskazana co najmniej data wydania decyzji o pozwoleniu na budowę tj. 03.04.2015r. (a więc ponad 6 miesiące później) (a który miałby wynikać z sumowania okresów, bez dublujących się, pełnienia funkcji podanych przez Beger Bau Polska sp. z o.o.). Tak samo na zadaniu nr 3 Pan D. K. nie pełnił funkcji - jak wskazano w Wykazie - od dnia 8 września 2016 - ale od dnia 26 września 2016 r. Jako dowód Odwołujący załączył zdjęcia dziennika budowy dla zadania nr 3 (strona tytułowa i strona pierwsza z datą przejęcia obowiązków jako kierownika budowy). Wskazał ponadto, iż do dnia wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał informacje w przedmiocie dat w odniesieniu do pierwszych 3 zadań - w każdym z nich została podana nieprawdziwa informacja. Zapewne do dnia terminu rozprawy Odwołujący uzyska w tym zakresie więcej informacji.

W dalszej części odwołania przedstawiono argumentację zmierzającą do wykazania, że kierownik budowy wskazany przez Berger Bau nie kierował budową hali o kubaturze min. 20 000 m3. Odwołujący wskazał na okoliczności dotyczące każdego z siedmiu zadań wskazanych w wykazie osób, składając dowody na okoliczność, iż nie dotyczyły one budowy hali o wymaganej kubaturze.

Reasumując Odwołujący wskazał, iż odnośnie doświadczenia kierownika budowy nie

ma spełnionego zarówno warunku 5 letnie doświadczenia - ani też kierownik budowy nie kierował budową hali o kubaturze min. 20 000 m3. Dlatego też należy uznać, że Berger Bau nie spełnia warunków udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia kierownika budowy. W przypadku gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający stosując art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinien wezwać go do uzupełnienia złożonego przedmiotowego środka dowodowego, celem wykazania, że dany podmiot spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt. 10.1.2.2. ppkt. 2 lit. a SWZ. Odwołujący zauważył, że w sytuacji, gdy przedłożony wykaz nie pozwala na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mówimy o tym, iż „zawiera on błędy". W takiej sytuacji, zgodnie z treścią art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest zwrócenie się o uzupełnienie przedmiotowego dokumentu. W związku z powyższym wybór oferty Berger Bau bez zastosowania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w obliczu, gdy wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu jest naruszeniem prawa przez Zamawiającego, skutkującym koniecznością uwzględnieniem odwołania.

Odwołujący ponadto w dniu 29 września 2021 r. złożył pismo procesowe zawierające dalszą argumentację i dowody.

Zamawiający w dniu 30 września 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty od pełnomocnictwa oraz kosztów dojazdu, zgodnie z rachunkami załączonymi do odpowiedzi na odwołanie.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 30 września 2021 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy i ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy po stronie odwołującego, jak również przez wykonawcę Berger Bau Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestników.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała ponadto, iż Odwołujący wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. przede wszystkim w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe przedstawione przez Przystępującego Berger Bau oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z załączonych do odwołania następujących dokumentów: pisma Zarządu Inwestycji Miejskich we Wrocławiu z dnia 12 sierpnia 2021 r., ogłoszenia z dnia 10 października 2014 r. dot. zadania nr 2, wydruku ze strony UM Wrocławia wraz z wykazem decyzji, wydruku ze strony internetowej , wydruku ze strony internetowej Berger Bau, zdjęcia dziennika budowy dla zadania nr 3 (dowody nr 4a - 4f zgodnie z oznaczeniem zawartym w liście załączników do odwołania) oraz z następujących dokumentów złożonych przez Przystępującego Berger Bau na rozprawie: protokołu ze spotkania z dnia 31 marca 2015 r., wyciągu z umowy z dnia 10 października 2014 r. dot. realizacji zadania nr 2, protokołu ze spotkania z dnia 10 lutego 2015 r., wyciągu z umowy z dnia 8 września 2016 r. dot. realizacji zadania nr 3, na okoliczności wynikające z treści ww. dokumentów i wskazane przez

Odwołującego i Przystępującego.

Za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia Izba uznała natomiast dowody załączone przez

Odwołującego do odwołania (dowody nr 4g -4q zgodnie z oznaczeniem zawartym w liście załączników do odwołania) i pisma procesowego (dowody nr 1-4 zgodnie z oznaczeniem zawartym w liście załączników do pisma) na okoliczność wykazania, że doświadczenie pana D. K. wskazane w wykazie osób nie potwierdza posiadania przez niego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno- budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20 000 m3, o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej (stalowo- żelbetowej) wraz z budową przyłączy wodno- kanalizacyjnych i elektroenergetycznych, okoliczność ta była bowiem bezsporna, przyznana przez Przystępującego na posiedzeniu w dniu 30 września 2021 r.

Ponadto Izba pominęła dowody załączone do pisma procesowego Odwołującego oznaczone nr 5 i 6, tj. korespondencję prowadzoną przez Odwołującego z GDDKiA, jako powołane na okoliczność, że pan D. K. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika budowy na zadaniu nr 6, która to okoliczność nie została podniesiona w odwołaniu. Izba nie uwzględniła podczas rozstrzygnięcia również dokumentów złożonych podczas rozprawy przez Przystępującego Berger Bau w postaci oświadczenia pana D. K. oraz wyciągu z dziennika budowy nr 966/2014 z uwagi na fakt, że dotyczyły one okoliczności, która nie mogła zostać poddana weryfikacji przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, tj. wykazania przez Berger Bau doświadczenia pana D. K. na podstawie innych zadań niż wskazane w wykazie osób złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest rozbudowa zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Spółki Koleje Dolnośląskie S.A. Zamawiający w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a SWZ IDW ustanowił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawcy mieli dysponować na potrzeby realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym osobą kierownika budowy/ kierownika robót w specjalności konstrukcyjno- budowlanej posiadającą: wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (zgodnie z ustawą Prawo budowlane) po uzyskaniu wyżej wymienionych uprawnień lub doświadczenia polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi w branży

konstrukcyjno- budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20 000 m3, o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej (stalowo- żelbetowej) wraz z budową przyłączy wodno- kanalizacyjnych i elektroenergetycznych.

Zamawiający w pkt 11.3.4 SWZ wskazał, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu wykonawca będzie musiał złożyć wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do SWZ IDW.

We wzorze stanowiącym załącznik nr 8 do SWZ IDW należało wskazać następujące dane: imię i nazwisko; wykształcenie (dotyczy kierownika budowy); zajmowane stanowisko w zakresie wykonania roboty budowlanej; opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzających spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych robót budowlanych); uprawnienia (pełny zakres oraz nr i datę uprawnień); stanowisko, na które osoba jest proponowana; podstawa dysponowania.

W postępowaniu wpłynęło 11 ofert, w tym oferta Odwołującego i oferty obu Przystępujących.

Przystępujący Berger Bau, którego ofertę oceniono najwyżej, na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz osób, w którym na stanowisko kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wskazał pana D. K. Jako doświadczenie ww. osoby na stanowisku kierownika budowy wskazano następujące zadania:

1. Budowa Przedszkola 8-oddziałowego na osiedlu Szadłowice w rejonie ul. Piotrkowskiej/Wojanowskiej we Wrocławiu wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną - zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (10.03.2015-29.07.2016);

2. Zaprojektowanie i budowa Przedszkola w rejonie ulic Wałbrzyskiej/ Dożynkowej we Wrocławiu wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu oraz drogą dojazdową w podziale na zadania (10.10.2014-29.01.2016);

3. Rozbudowa z przebudową budynku piecowni i malarni w zakładzie nr 1 na terenie Zakładów Ceramicznych „Bolesławiec" Sp. z o.o. (8.09.2016-30.10.2017);

4. Modernizacja budynku WZSOZ w zakresie termomodernizacji, przystosowania dla potrzeb opieki koordynowanej oraz potrzeb osób niepełnosprawnych, realizowana jako trzy zadania (1.10.2019-21.10.2019);

5. Przebudowa budynku MARS przy ul. Żelaznej 46 we Wrocławiu (19.09.2018-31.10.2018);

6. Zaprojektowanie i wybudowanie Obwodu Utrzymania Drogi Lubin - Zachód (9.02.2018 - 1.07.2019);

7. Przebudowa dworca kolejowego Wałbrzych Główny (2.01.2021 - 21.05.2021).

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę Przystępującego Berger Bau.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego Berger Bau do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - wykazu osób, podczas gdy przedłożony dokument zawiera błędy, gdyż nie potwierdza on spełnienia przez ww. wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ, potwierdził się.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi zaś, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie była okoliczność, czy Przystępujący Berger Bau wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ. Warunek ten można było spełnić w dwojaki sposób: przez wykazanie, że osoba wskazana na stanowisko kierownika budowy/kierownika robót w specjalności konstrukcyjno - budowlanej posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy (zgodnie z ustawą Prawo budowlane) po uzyskaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń lub przez wykazanie, że osoba ta posiada doświadczenie polegające na kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrykcyjno-budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20 000 m^3 o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej wraz z budową przyłączy wodno-kanalizacyjnych i elektroenergetycznych. Bezsporny pomiędzy Stronami i Uczestnikami był fakt, że doświadczenie pana D. K. wskazane w wykazie osób nie obejmowało kierowania robotami budowlanymi w branży konstrykcyjno-budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20 000 m^3. Istota sporu sprowadzała się zatem do oceny czy ww. osoba posiada co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy w wymaganej specjalności.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że wykaz osób przedstawiony przez Przystępującego Berger Bau doświadczenia takiego nie potwierdza.

Przede wszystkim Izba zgodziła się z Odwołującym, że nie jest zasadne sumowanie okresów doświadczenia zdobytego na stanowisku kierownika budowy podczas zadań realizowanych w tym samym czasie. Skład orzekający podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie przywołanym w treści odwołania, że pokrywające się okresy doświadczenia można uwzględniać tylko jednokrotnie. Nie negując twierdzeń Przystępującego Berger Bau, iż doświadczenie zdobywane na każdym kontrakcie jest inne i równie cenne, to jednak z perspektywy spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu istotna była długość tego doświadczenia, a nie ilość robót budowlanych, którymi pan D. K. kierował. Dla okresu doświadczenia bez znaczenia pozostaje fakt, że kierownik budowy w określonych miesiącach zdobywał doświadczenie równolegle na dwóch zadaniach. W oparciu o zasady logiki i doświadczenia życiowego oczywistym jest, że jeśli dana osoba była w jednym miesiącu kierownikiem budowy na dwóch różnych inwestycjach, to nie nabywa przez to dwumiesięcznego doświadczenia, lecz doświadczenie miesięczne na dwóch zadaniach. To jednak nie liczba zadań przesądzała o spełnieniu wymagań warunku z pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ, lecz długość doświadczenia. Nie jest także zasadne twierdzenie, że Przystępujący Berger Bau mógł powołać się na pokrywające się okresy doświadczenia, ponieważ Zamawiający nie ograniczył takiej możliwości w SWZ. W ocenie Izby w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z sytuacją odwrotną - gdyby Zamawiający dopuścił możliwość takiego sumowania doświadczenia, to wtedy musiałby dać temu jasny wyraz w treści SWZ, jako wyjątek od wynikającej z literalnej treści warunku zasady posiadania wskazanego okresu doświadczenia. Treść tego warunku wskazywała wyłącznie na czas, w jakim pozyskano doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, bez względu na złożoność tego doświadczenia, w tym bez względu na to, czy kierowanie budową w danym czasie odnosiło się do jednej czy do kilku inwestycji.

Mając to na względzie słusznie podniósł Odwołujący, iż dokonując przeliczenia wskazanych przez Berger Bau w wykazie osób okresów doświadczenia pana D. K.

pozyskanego w ramach ujętych tam siedmiu zadań przy wyłącznie jednokrotnym uwzględnieniu okresów, które się pokrywają, doświadczenie to łącznie nie obejmuje okresu pięciu lat, co oznacza, że Przystępujący Berger Bau nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.2.2 ppkt 2 lit. a SWZ i uzasadnia wezwanie go do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Argumentację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego co do odmiennego niż wskazane w odwołaniu rozumienia treści ww. warunku udziału w postępowaniu Izba uznała za niezasadną. Odnosząc się do twierdzenia, że kluczowy powinien tutaj być moment uzyskania uprawnień, to jakkolwiek oczywistym jest, iż w świetle treści warunku udziału w postępowaniu należało wykazać się doświadczeniem zdobytym po posiadaniu uprawnień, niemniej doświadczenie to musiało mieć ściśle określoną minimalną długość - co najmniej 5 lat i być doświadczeniem faktycznie nabytym (jak wskazał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie „potwierdzonymi w praktyce umiejętnościami). Aby wykazać spełnienie warunku nie było zatem wystarczające powołanie się na przykładowe doświadczenie zdobywane przez kierownika budowy po uzyskaniu uprawnień, lecz na takie doświadczenie, z którego będzie wynikać, że obejmuje ono okres co najmniej pięciu lat. Sam fakt uzyskania uprawnień nie jest bowiem równoznaczny z posiadaniem doświadczenia i nie można automatycznie zakładać, że skoro uprawnienia pan D. K. nabył w 2014 r., to jego doświadczenie na stanowisku kierownika budowy będzie przekraczać pięć lat. Okoliczność ta w takiej sytuacji jest prawdopodobna, ale powinna zostać wykazana. Przystępujący Berger Bau miał świadomość, iż pięcioletni okres doświadczenia należy wykazać, co wynika wprost ze złożonego przez niego wykazu osób - Przystępujący chciał ww. okres doświadczenia wykazać poprzez wskazanie długości doświadczenia pana D. K. na stanowisku kierownika budowy w ramach konkretnych zadań (wskazał daty dzienne dla doświadczenia pozyskanego na każdym z siedmiu zadań), jednak błędnie uznał, że może sumować okresy doświadczenia, które się pokrywają.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego Berger Bau, iż należy odróżnić pojęcie „stanowiska kierownika budowy" od pojęcia „pełnienia funkcji kierownika budowy" stosowanego w ustawie Prawo budowlane. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego i Przystępującego Konsorcjum ALSTAL, że wymagania warunku udziału w postępowaniu należy interpretować przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.). Na powyższe wskazano wprost w treści warunku udziału w postępowaniu, warunek ten odnosi się bowiem do doświadczenia „na stanowisku kierownika budowy (zgodnie z ustawą Prawo budowlane)." Wbrew twierdzeniu Zamawiającego odesłanie do ww. ustawy nie odnosi się do kwestii uprawnień, lecz wprost do „stanowiska kierownika budowy". Ponadto w ocenie Izby

interpretacja prezentowana przez Zamawiającego i Przystępującego Berger Bau była oderwana nie tylko od treści tego warunku, ale i od jego celu - chodzi przecież o to, aby wykazać, że dana osoba zdobyła realne doświadczenie na określonym stanowisku, czyli że posiada praktyczną umiejętność kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Nie można zatem zaaprobować twierdzenia, jakoby Przystępujący Berger Bau mógł liczyć doświadczenie pozyskane przez pana D. K. na stanowisku kierownika budowy od momentu podpisania umowy na zadanie nr 2, tj. „Zaprojektowanie i budowa przedszkola w rejonie ulic Wałbrzyskiej/ Dożynkowej we Wrocławiu wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu oraz drogą dojazdową w podziale na zadania" w sytuacji, gdy umowa obejmowała swoim przedmiotem prace projektowe, a etap realizacji robót budowlanych rozpoczynał się dużo później. O jakim doświadczeniu na stanowisku kierownika budowy od momentu zawarcia umowy można bowiem mówić w sytuacji, gdy ze złożonej przez samego Przystępującego Berger Bau jako dowód umowy z dnia 10 października 2014 r. na realizację zadania nr 2 wynika, że pan D. K. był przedstawicielem Przystępującego jedynie w odniesieniu do etapu II obejmującego swym zakresem roboty budowlane, które rozpoczynały się dopiero po zakończeniu prac projektowych stanowiących etap I umowy. Odwołujący w załączeniu do odwołania przedstawił również dowody wykazujące krótszy niż wskazany przez Berger Bau w wykazie osób okres pełnienia przez p. D. K. funkcji kierownika budowy na zadaniu nr 1 i 3, której to okoliczności Przystępujący nie kwestionował, powołując się jedynie na odmienną interpretację warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, Odwołujący w toku postępowania odwoławczego poddał w wątpliwość również fakt pełnienia przez p. D. K. funkcji kierownika budowy na zadaniu nr 6, na okoliczność czego przedstawił zapytanie i odpowiedź GDDKiA, aczkolwiek powyższa okoliczność faktyczna nie mogła mieć wpływu na rozstrzygnięcie, jako niestanowiąca podstawy zarzutu odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowody potwierdza wskazaną w odwołaniu okoliczność, iż podmiotowy środek dowodowy złożony przez Przystępującego Berger Bau nie potwierdza, aby pan D. K. posiadał doświadczenie wymagane w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a SWZ. W konsekwencji nie ma znaczenia dla

rozstrzygnięcia argumentacja Zamawiającego i Przystępującego Berger Bau, jakoby pomimo wskazania przez Przystępującego Berger Bau w wykazie osób dat dziennych podczas sumowania okresów doświadczenia należało uwzględniać pełne miesiące. Również ta argumentacja jest jednak zdaniem Izby chybiona, gdyż to sam Przystępujący wskazał w treści wykazu daty dzienne, a zaokrąglanie obecnie okresu doświadczenia do pełnych miesięcy ma charakter pozornego rozszerzania doświadczenia kierownika budowy ponad faktycznie wskazane przez samego Przystępującego w podmiotowym środku dowodowym.

Dodać należy, iż bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostają dowody przedstawione przez Przystępującego Berger Bau na okoliczność posiadania przez pana D. K. doświadczenia zdobytego na innych zadaniach niż wskazane w wykazie osób (tj. oświadczenie pana D. K. oraz wyciąg z dziennika budowy). Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje jedynie weryfikacji czynności Zamawiającego podjętych lub zaniechanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w oparciu o oświadczenia oraz podmiotowe środki dowodowe, jakimi dysponował Zamawiający dokonując badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie jest uprawniona do tego, aby zastępować Zamawiającego w dalszych działaniach i dokonywać za niego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego Berger Bau na podstawie innych zadań referencyjnych, niż wskazane w wykazie osób. Nie jest także zasadne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Berger Bau, iż nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego Berger Bau do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego doprowadzi jedynie do przedłużenia postępowania, a postawione w tym zakresie zarzuty nie mają wpływu na wynik postępowania. Stanowisko to oparte jest na założeniu, że pan K. posiada doświadczenie wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu, co jednak nie zostało wykazane w postępowaniu o udzielenie zamówienia i będzie możliwe do zweryfikowania dopiero po uzupełnieniu przez Zamawiającego uzupełnionego podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób. W tej sytuacji wynik postępowania pozostaje wciąż otwarty.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....