

WYROK

z dnia 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 3 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego 22 listopada 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Spółki Koleje Dolnośląskie S.A (nr postępowania KD/OZ/U/17/2021)

prowadzonym przez zamawiającego: Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy

przy udziale wykonawcy: ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu wycofanego na rozprawie.
2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym postępowaniu - odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu z pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a instrukcji dla wykonawców specyfikacji warunków zamówienia.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i Zamawiającego po połowie:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
  - 2) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) jako uzasadnione koszty Odwołujących z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 3) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 4432 zł 00 gr (słownie cztery tysiące czterysta trzydzieści dwa złote zero groszy) jako uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty od pełnomocnictwa i dojazdu na wyznaczone posiedzenie,
  - 4) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołujących solidarnie kwotę 9584 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy pięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

## Uzasadnienie

Koleje Dolnośląskie S.A. z siedzibą w Legnicy {dalej: „Zamawiający”} prowadzi

na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na roboty budowlane

pn. Rozbudowa zaplecza technicznego do obsługi i serwisowania taboru Spółki Koleje Dolnośląskie S.A (nr postępowania KD/OZ/U/17/2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 maja 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S\_092 pod poz. 239663.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

12 listopada 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie {dalej: „ZUE” lub „Przystępujący”}.

22 listopada 2021 r. ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum Alsta” lub „Odwolujący”}, wnieśli odwołanie od powyższej czynności, a także od innych czynności i zaniechań objętych poniższymi zarzutami.

Odwolujący zarzucili Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b (ewentualnie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 1 i 2) - przez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE, mimo niespełnienia przez nie warunku udziału w postępowaniu.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b - przez zaniechanie wezwania ZUE do uzupełnienia wykazu osób, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ZUE.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 i 5 - przez zaniechanie wezwania ZUE do wyjaśnienia treści wykazu osób w zakresie wskazania inwestorów, u których osoby wskazane w wykazie zdobywały doświadczenie.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Powtórzenia badania i oceny ofert, w tym wezwania ZUE do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania, a w razie nieuzupełnienia tych

dokumentów lub uzupełnienia ich w sposób nieprawidłowy - odrzucenia oferty ZUE.

Odwołujący sprecyzował w uzasadnieniu odwołania zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

{ad pkt 1.-3. listy zarzutów - pkt I i III uzasadnienia odwołania}

{okoliczności faktyczne}

W 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a) oraz f) instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”} SWZ Zamawiający określił m.in. następujące warunki w zakresie dysponowania przez wykonawcę na potrzeby realizacji zamówienia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

[lit.a] kierownikiem budowy posiadającym:

- 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 ww. uprawnień lub doświadczenia polegającego na kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno-budowlanej co najmniej jednej budowy hali o kubaturze min. 20 000 m<sup>3</sup>, o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej (stalowo-żelbetowej) wraz z budową przyłączy wodno-kanalizacyjnych i elektroenergetycznych.

[lit. f] kierownikiem robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych posiadającym:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń,

oraz

- co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (zgodnie z ustawą Prawo budowlane) po uzyskaniu ww. uprawnień.

Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków wymagał złożenia m.in. Wykazu osób, o których mowa w pkt 10.1.2.2. ppkt 2) SWZ IDW, 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.

ZUE złożył wykaz osób, który następnie samodzielnie zmienił na nowy wykaz, w którym wskazał m.in.

- jako kierownika budowy pana M. W. na stanowisko kierownika budowy, dla którego opisał doświadczenie przy czterech inwestycjach;
- jako kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, dla którego opisał doświadczenie na stanowisku kierownika budowy.

Odwołujący podał, że według jego ustaleń (na podstawie dzienników budów) zsumowany okres doświadczenia pana M. W. przy opisanych w wykazie ZUE inwestycjach jest krótszy niż 5 lat (60 miesięcy), uwzględniając, że nakładające się okresy bierze się pod uwagę raz i uwzględnia się tylko pełne miesiące.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 128 ust. 1 pzp 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.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Ponadto w myśl art. 128 ust. 5 pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Odwołujący wywiódł, że dopuszczenie, aby wykaz osób nie zawierał dokładnego określenia inwestycji, przy których osoby wskazane w wykazie zdobyły doświadczenie, stanowiłoby obejście art. 128 ust. 5 pzp, gdyż zamawiający nie mógłby zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych

w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 1. i 3. listy zarzutów, stwierdzając, że uzupełniony wykaz nie wykazuje spełnienia opisanych powyżej warunków w następującym zakresie:

- pan M. W. nie posiada 5-letniego doświadczenia;
- dla pana J. S. nie zostało wykazane co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych;
- brak wskazania w odniesieniu do doświadczenia którejkolwiek z osób nazwy inwestora, dla którego wykonywane były opisane inwestycje.

Odwołujący wywiódł, że konsekwencją samoistnego uzupełnienia przez ZUE wykazu osób jest brak możliwości wezwania do jego ponownego uzupełnienia.

Odwołujący nadmienił, że w razie przyjęcia przez Izbę dopuszczalności wezwania w zakresie innych osób niż kierownik budowy, konieczne jest wezwanie do jego uzupełnienia w zakresie doświadczenia pana J. S. oraz wskazania nazwy inwestorów dla każdej z osób opisanych w wykazie osób ZUE.

{ad pkt 1. listy zarzutów - pkt II uzasadnienia odwołania}

{okoliczności faktyczne}

Zgodnie z pkt 10.1.2.2 ppkt 1) IDW SWZ wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaze, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie hali o konstrukcji stalowej lub żelbetowej lub mieszanej (stalowo-żelbetowej) wraz z instalacjami o kubaturze co najmniej 20 000 m<sup>3</sup>.

Tym samym powyższy warunek udziału w zakresie przedmiotowym dotyczy robót konstrukcyjno-budowlanych oraz robót instalacyjnych.

Tymczasem z treści formularza ofertowego oraz uzupełnionego samodzielnie zobowiązania podmiotu trzeciego, odczytywanych łącznie, wynika że podmiot trzeci zrealizuje jedynie roboty konstrukcyjno-budowlane, a procentowy zakres zamówienia powierzony podmiotowi trzeciemu wynosi 55%.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 118 ust. 1 pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Jednocześnie według art. 118 ust. 2 pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane.

W tym postępowaniu oznacza to, że podmiot trzeci winien zrealizować oba elementy przedmiotowe wynikające z warunku udziału.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 2. listy zarzutów, stwierdzając, że ponieważ potencjał podmiotu trzeciego nie został realnie udostępniony, ZUE nie wykazało spełniania powyższego warunku udziału w tym postępowaniu.

W odpowiedzi na odwołanie z 1 grudnia 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zarzuty z pkt V odwołania sprowadzają się do kwestionowania spełniania przez ZUE warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do realizacji tego zamówienia.

M. W., wskazany jako kierownik budowy, posiada wymagane doświadczenie i to w okresie nawet dłuższym niż wymagane 5 lat, bo 67-miesięczne (odliczając dublujące się okresy). Specyfikacja warunków zamówienia nie przewidywała potwierdzenia terminów wpisami z dzienników budów, a wykaz stanowiący załącznik nr 8 do instrukcji dla wykonawców {dalej: „IDW”} wymagał potwierdzenia okresu doświadczenia w układzie miesiąc, rok.

Z kolei J. S., wskazany jako kierownik robót, również spełnia wymagane kryteria, gdyż pełnił funkcję kierownika budowy w swojej specjalności przez 38 miesięcy, czyli dłużej niż wymagane 3 lata. Przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane w art. 22 i art. 23 określają obowiązki i uprawnienia kierownika budowy, a więc nie sposób zasadnie podważać, że zdobyte przez kierownika budowy doświadczenie nie jest wystarczające do pełnienia funkcji kierownika robót. Należy przy tym mieć na względzie, że kierownik robót obok kierownika budowy jest także uczestnikiem procesu budowlanego (art. 17 pkt 4).

Na podstawie art. 24 ust. 2 do kierownika robót budowlanych stosuje się odpowiednio art. 22, 23 i 24 ust. 1. Doświadczenie J. S. na stanowisku kierownika budowy jak najbardziej spełnia wymóg co do kierownika robót, potwierdza posiadanie przez niego doświadczenia w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

W zakresie zarzutu niewskazania w odniesieniu do doświadczenia którejkolwiek z osób nazwy inwestora, dla którego wykonywane były opisane inwestycje, co miałoby uniemożliwiać weryfikację prawidłowości i realności wskazanego doświadczenia, SWZ nie wymagała przedstawienia takiej informacji.

Brak jest także podstaw do uznania zarzutu, że podmiot trzeci zrealizuje jedynie roboty konstrukcyjno-budowlane (i to w zakresie 55%), skoro w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 3 do IDW wskazał na realizację przedmiotowego zadania w części związanej z budową obiektów kubaturowych. Zgodnie z Prawem budowlanym ilekroć w ustawie jest mowa obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Stąd potencjał podmiotu trzeciego spełnia warunek udziału opisany w pkt 10.1.2.2 ppkt IDW.

Pierwotnie została wybrana oferta Berger Bau i w sprawie sygn. akt KIO 2444/21 toczyło się postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą na skutek odwołania ZUE, po którego stronie przystąpiło wówczas Konsorcjum Alstal. Po jego zakończeniu Zamawiający dokonał, po przeprowadzeniu czynności z art. 252 ust. 2 i ust. 3 ustawy pzp, wyboru ZUE jako kolejnego wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego doszło w ten sposób do wyczerpania możliwości dalszego stosowania trybu z art. 252 ust. 3 pzp, gdyż Konsorcjum Alstal nie byłby w rozumieniu tego przepisu „kolejnym”, lecz trzecim wykonawcą.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, do którego odniósł się w piśmie z 1 grudnia 2021 r. oraz w drugim piśmie procesowym, które złożył już na rozprawie.

W szczególności z pism tych wynika następująca argumentacja odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu.

{ad zarzutu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy}

Warunek wskazywał, że konieczne jest posiadanie doświadczenia na stanowisku kierownika budowy zgodnie z ustawą Prawo budowlane, a więc konieczne jest ustalenie od kiedy można mówić o tym, że zgodnie z tą ustawą dana osoba jest kierownikiem budowy. Prawo budowlane nie wskazuje w żadnym przepisie wprost takiego momentu, natomiast określa czynności podejmowane przez kierownika budowy podejmuje. Dlatego w SWZ nie było nigdzie dookreślenia, że z kierownikiem budowy mamy do czynienia od daty wpisania danej osoby do dziennika budowy, a z zakończeniem pełnienia tej funkcji w dacie, gdy dana osoba dokona ostatniego wpisu w dzienniku budowy, którym jest zgłoszenie obiektu budowlanego do odbioru przez kierownika budowy. Nie oznacza to bynajmniej, że dana osoba przestaje być w tej dacie kierownikiem budowy, gdyż wedle art. 22 Prawa budowlanego, który opisuje „podstawowe czynności kierownika budowy”, z pkt 9 wynika, że oprócz dokonania takiego ostatniego wpisu do dziennika budowy kierownik budowy ma jeszcze m.in. obowiązek uczestniczenia w czynnościach odbioru i zapewnienia usunięcia stwierdzonych wad. W konsekwencji zatem, dopiero gdy zakończą się wszelkie czynności odbiorowe (w tym np. wystawienie świadectwa przejęcia, odbiory prac zaległych itp.) mamy do czynienia z zakończeniem pełnienia przez Kierownika funkcji zgodnie z Prawem budowlanym.

Analogicznie sytuacja przedstawia się odnośnie początku pełnienia takiej funkcji. Prawo budowlane wskazuje bowiem, że (art. 22 pkt 1) podstawowym obowiązkiem kierownika budowy jest np. protokolarne przejęcie od inwestora placu budowy. Jeszcze wcześniejszy przepis (art. 21a ust. 1) wskazuje, że kierownik budowy jest obowiązany, w oparciu o informację, o której mowa w art. 20 ust. 1 pkt 1b, sporządzić lub zapewnić sporządzenie, przed rozpoczęciem budowy, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. Czyli jednym z pierwszych obowiązków kierownika budowy, a więc momentem od którego można mówić, że dana osoba zajmuje takie stanowisko zgodnie z Prawem budowlanym, jest przejęcie placu budowy lub sporządzenie (lub zapewnienie sporządzenia) planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (tzw. BIOZ). Są to działania, które - w zależności od współpracy z danym zamawiającym - wyprzedzają formalne wpisanie się do dziennika budowy jako kierownik budowy. Stanowią jednak obowiązki kierownika budowy i tylko osoba rzeczywiście będąca kierownikiem budowy może takich czynności dokonywać.

Doświadczenie pana M.W. wygląda następująco.

W zadaniu nr 1 jest to 813 dni (okres od 30.08.2010 r. do 19.11.2012 r.). Dowód nr 1 - protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu, zespołu obiektów spisany 19.11.2012 r. w Bydgoszczy. W dokumencie tym wskazano, że kierownikiem budowy był pan M.W., a przekazanie terenu budowy miało miejsce 30.08.2010, a dokonanie odbioru robót miało miejsce w dniu 19.11.2012 r.

W zadaniu nr 2 jest to 283 dni (okres od 20.11.2012 r. do 29.08.2013). Zadanie to, a tym samym pełnienie funkcji kierownika budowy przez Pana M. W. rozpoczęło się wcześniej (22.08.2011), ale nie liczy się okresu nakładającego się z zadaniem nr 1. Dowód nr 2 świadectwo przejęcia dla tego zadania, z którego wynika, że przejęcie placu budowy nastąpiło 22.08.2011 r., a świadectwo przejęcia (czyli ostatnie czynności odbiorowe) zostało wystawione 29.08.2013 r.

W zadaniu nr 3 jest to okres 325 dni (liczony od 02.06.2014 r. do 22.04.2015 r.) wedle wykazu.

Przy czym pan M. W. został już w ofercie wskazany jako kierownik budowy (dowód nr 3 oferta wykonawcy - wykaz osób)

Jeszcze przed formalnym wpisaniem się do dziennika budowy jako kierownik budowy zapewnił on zgodnie z art. 21 a ust. 1 Prawa budowlanego sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ). Dowód nr 4 - wiadomość mailowa z 2 czerwca

2014 r., w której przedstawiciel inwestora, pani M. K. odesłała poprawiony plan BIOZ.

Jednocześnie już 3 czerwca 2014 r. nastąpiło protokolarnie przekazanie placu budowy, jak i terenu pod zaplecze budowy. 27 maja 2014 r. zamawiający zaprosił wykonawcę do protokolarnego przejęcia działki nr 101/5 obręb 23 w celu zorganizowania tam zaplecza budowy i przystąpienia do tzw. prac przygotowawczych, a więc rozpoczęcia realizacji zadania (dowód nr 5 - pismo zamawiającego z tej daty).

Oznacza to, że w tym zadaniu, mimo późniejszego wpisania pana M. W. do dziennika budowy i późniejszego formalnego objęcia przez niego takiego stanowiska, zdobywał on doświadczenie na tym stanowisku zgodnie z Prawem budowlanym już przynajmniej od 2 czerwca 2014 r.

W tym zadaniu świadectwo przejęcia wystawiono 22.04.2015 r. (stad ta data została wpisana do wykazu), jednakże - jak wynika z pisma zamawiającego z 16 czerwca 2015 r., w którym zaprasza on na spotkanie, którego celem będzie odbiór prac polegających na zagospodarowaniu terenów zielonych zlokalizowanych w obszarze inwestycji, zakończenie prac odbiorowych na tym zadaniu miało miejsce 24 czerwca 2015 r. (dowód nr 6).

Stąd też realny okres doświadczenia pana M. W. przy tym zadaniu zgodnie z ustawą Prawo budowlane to okres od 02.06.2014 r. do 24.06.2015 r., czyli 389 dni, o 62 dni więcej, niż to powyżej wskazano, Realnie zatem doświadczenie Pana M. W.

W zadaniu nr 4 wedle wykazu jest to 442 dni (okres od 17 lipca 2018 r. do 30 września 2019 r.), przy czym w tym zakresie omyłkowo podano okres za krótki, gdyż a pan M. W. pełnił na tym zadaniu funkcję kierownika budowy do 17 grudnia 2019 r., co daje 520 dni, co jednoznacznie potwierdza pismo inwestora z 28 czerwca 2021 r. (dowód nr 8).

Przystępujący zauważył, że do wykaz osób zmienił jedynie w odniesieniu do osoby proponowanej na stanowisko kierownika budowy, a więc w zakresie warunku, o którym mowa w 10.1.2.2. pkt 2 lit. a SWZ, w miejsce pani M. S. wskazał pana M.W..

Niezależnie od powyższego Przystępujący podniósł, że dokonanie takiego uzupełnienia nie zwalnia w żadnej mierze Zamawiającego z obowiązku wezwania w trybie art. 128 ust. 1 pzp (wedle starej ustawy art. 26 ust. 3 pzp), obligującego do dokonania w określonych sytuacjach wezwania, które w zakresie niespełniania powyższego warunku nie miało miejsca. Takie stanowisko znajduje oparcie w orzecznictwie Izby {w piśmie wskazano na kilka wyroków Izby wraz z przytoczeniem stosownych fragmentów uzasadnień}.

{ad zarzutu dotyczącego osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót...}

Pana J. S. - co zostało wpisane do wykazu - posiada uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej. Oczywiście jest przy tym, że jak kierownik budowy posiada takie uprawnienia na kierownika robót nie zatrudnia się innej osoby (kierownicy budowy i kierownicy robót często łączą swoje funkcje na jednej budowie, o ile kierownik budowy posiada odpowiednie uprawnienia). W konsekwencji do wykazu wpisano wyższe stanowisko, co nie zmienia faktu, że był tam także kierownikiem robót zgodnie z posiadanymi przez siebie uprawnieniami.

Jak wynika z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego w sytuacji, gdy kierownik budowy sam posiada stosowne uprawnienia, nie jest wymagane powoływanie kierownika robót w danej specjalności.

Ponadto nawet gdyby pan S. nie pełnił na tych zadaniach funkcji kierownika robót, a pełnił funkcję kierownika budowy, to i tak spełniałby przedmiotowy warunek, w którym chodzi o posiadanie odpowiedniego doświadczenia jako osoby, która kierowała robotami telekomunikacyjnymi. Osoba, która jest kierownikiem budowy kieruje też całością zadania, a więc także i takimi robotami, w szczególności gdy ma w tym zakresie właściwe uprawnienia.

{ad zarzutu niewykazania spełniania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy}

Wskazanie na podzlecenie podwykonawcy „roboty konstrukcyjno-budowlane hali” oznacza, że chodzi o cały ich zakres, zarówno związany z konstrukcją hali (ten element został wszak mocno wyeksponowany w warunku), jak i związany z pracami budowlanymi, do

których zalicza się także prace związane z instalacjami.

Natomiast przedmiot zamówienia jest znacznie szerszy - już sama nazwa wskazuje, że zadanie polega na rozbudowie zaplecza technicznego. wraz z m.in. infrastrukturą towarzyszącą (sieci trakcyjne, układ torowy, zbiornik podziemny na paliwo wraz z dystrybutorem), obejmuje również roboty rozbiórkowe.

W konsekwencji Przystępujący przyjął, że prace, jakie będą podzleczone (roboty konstrukcyjno-budowlane hali), a więc całość prac konstrukcyjnych i budowlanych w odniesieniu do hali to 55% przedmiotu zamówienia.

{ad zarzutu zaniechania wskazania w wykazie osób inwestorów}

W istocie zarzut sprowadza się do tego, że Zamawiający w nieprawidłowy sposób przygotował zamówienie, gdyż w tabeli przygotowanego przez niego jako załącznik do SIWZ wzoru wykazu powinno znajdować się żądanie wskazania nazw inwestorów.

Jeżeli Odwołujący tak twierdzi, winien był podnosić takie twierdzenia na etapie przedstawienia przez Zamawiającego treści SWZ.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska, z tym że Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy pzp sprecyzowany w pkt II uzasadnienia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż nieprzyznanie mu większej liczby punktów uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{umorzenie postępowania w zakresie zarzutu wycofanego na rozprawie}

Zgodnie z art. 520 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy (ust. 1) Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby (ust. 2).

Skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, tym bardziej uprawniony jest do częściowego wycofania odwołania, jak to uczynił Odwołujący w tej sprawie.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 npzp Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w razie wycofania odwołania.

Skoro odwołanie zostało wycofane częściowo na rozprawie, rozstrzygnięcie w tym zakresie zostało zawarte w ramach orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w pkt



1. sentencji.

{rozstrzygnięcie co do pozostałych zarzutów odwołania}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. a IDW SWZ dla osoby wskazanej przez wykonawcę na stanowisko kierownika budowy Zamawiający wymagał 5-letniego doświadczenia zawodowego na stanowisku kierownika budowy [ewentualnie kierownika robót - co nie ma znaczenia w tej sprawie] zgodnie z ustawą Prawo budowlane, czyli pełnienia przez ten okres tej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.) {dalej: „Prawo budowlane”}.

Według definicji zawartej w art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, w tym właśnie działalność obejmującą kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi. Przy czym, jak wskazuje art. 41 ust. 1 i 2 Prawa budowlanego, rozpoczęcie budowy następuje z chwilą podjęcia na terenie budowy prac przygotowawczych, którymi są 1) wytyczenie geodezyjne obiektów w terenie; 2) wykonanie niwelacji terenu; 3) zagospodarowanie terenu budowy wraz z budową tymczasowych obiektów; 4) wykonanie przyłączy do sieci infrastruktury technicznej na potrzeby budowy. Z art. 45 ust. 7 Prawa budowlanego wynika z kolei, że przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu m.in. osoby, której zostało powierzzone kierownictwo robót budowlanych, a osoba ta obowiązana jest potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonej jej funkcji. Powyższe uregulowania nie uległy żadnym istotnym zmianom w trakcie obowiązywania Prawa budowlanego, co najwyżej były to nieznaczne zmiany redakcyjne (np. w art. 12 ust. 1 pkt 2 dodano słowo „budowlanymi”, a uregulowanie zawarte obecnie w art. 45 ust. 7 było poprzednio w ust. 2 tego artykułu). Ponadto od początku obowiązywania Prawa budowlanego z art. 41 ust. 4 wynikał obowiązek zawiadomienia przez inwestora organu nadzoru budowlanego o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę. Przy czym według stanu prawnego obowiązującego aż do 19 września 2020 r. obligatoryjnym załącznikiem do tego zawiadomienia było pisemne oświadczenie kierownika budowy o przyjęciu obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi).

Reasumując, zgodnie z Prawem budowlanym za kierownika danej budowy można uznać tego, kto nie tylko posiada wymagane do tego uprawnienia, ale faktycznie pełnił tę funkcję od chwili, gdy - świadomy odpowiedzialności zawodowej, karnej i cywilnej

za niewywiązywanie się z przewidzianych prawem obowiązków - złożył opatrzone datą

pisemne oświadczenie o przyjęciu tych obowiązków. Zatem immanentnym elementem pełnienia samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest ponoszenie z tego tytułu odpowiedzialności. Jeżeli dana osoba nie wyraziła zgody na przyjęcie od określonego dnia obowiązków kierownika budowy przez złożenie stosownego oświadczenia, w dzienniku budowy i/lub (w zależności od stanu prawnego obowiązującego w danej chwili) przesłanego do organu nadzoru, nie może w ogóle zostać uznana za pełniącą taką samodzielną funkcję techniczną zgodnie z Prawem budowlanym. Na tej samej zasadzie potwierdzenie przez daną osobę własnoręcznym podpisem w dzienniku budowy, że od określonego dnia przyjmuje odpowiedzialność jako kierownik budowy, czyni niemożliwym ustalenie innej daty rozpoczęcia pełnienia tej samodzielnej funkcji technicznej przy tych robotach budowlanych. Nawet jeżeli dana osoba faktycznie (wcześniej) wykonywała jakieś czynności według przepisów Prawa budowlanego należące do kierownika budowy, nie ponosiła za nie odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Takiego quasi-kierownika budowy nie można uznać za jednego 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. Niezależnie od kwestii odpowiedzialności pełnienia funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy, w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, a taka współpraca może być uznana za zgodną z Prawem budowlanym, gdy zachodzi pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną

funkcją.

Niesporny był następujący przebieg badania spełniania przez ZUE warunków udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 pzp (pismo z 15 października 2021 r.) ZUE złożyło m.in. wykaz osób, w którym w szczególności wskazało na stanowiska: kierownika budowy - panią M. S., kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych - pana J. S..

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 pzp (pismo z 3 listopada 2021 r.) - m.in. do złożenia dowodów na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w tym stosownej korekty wykazu robót - ZUE ponownie złożyło wykaz osób, w którym zmiana polegała na wskazaniu na stanowisko kierownika budowy pana M. W. oraz opisanie w szczególności doświadczenia tej osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy czterech przedsięwzięciach budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie.

Zamawiający ocenił spełnianie przez ZUE warunków udziału dotyczących dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na podstawie tak zmienionego wykazu osób.

Wynik postępowania dowodowego przeprowadzonego w tej sprawie jest taki, że łączne doświadczenie pana M. W. w pełnieniu funkcji kierownika budowy zgodnie z Prawem budowlanym, zdobyte przy robotach budowlanych wskazanych w wykazie osób, które mogło zostać zaliczone na poczet spełnienia warunku udziału w rozumieniu powyżej ustalonemu, jest krótsze niż 5 lat.

Przy czym niesporna była okoliczność, że pełnienie funkcji równoległe przy więcej niż jednym robotach budowlanych nie uprawnia do podwójnego liczenia takich okresów, co zresztą odpowiada utrwalonemu w orzecznictwie Izby stanowisku.

Poz. 1. „Budowa linii tramwajowej z centrum miasta do dworca kolejowego Bydgoszcz Główna z rozbudową ulic Marszałka Focha, Naruszewicza, Dworcowej i Zygmunta Augusta w Bydgoszczy”:

- niesporna [bo potwierdzona w drugim piśmie procesowym Przystępującego] data początkowa - 30 sierpnia 2010 r.,
- data końcowa - 19 listopada 2012 r. [potwierdzona protokołem odbioru końcowego z tej daty złożonym na rozprawie przez Przystępującego, przy braku dowodów ze strony Odwołującego, że miałyby to być 26 października 2012 r., jak twierdził na rozprawie].

Poz. 2. „Przedłużenie trasy tramwajowej Poznańskiego Szybkiego Tramwaju do Dworca Zachodniego w Poznaniu”:

- niesporna [bo potwierdzona w drugim Piśmie Przystępującego] data początkowa (po pominięciu okresu dublującego się z poz. 1. wykazu) - 20 listopada 2012 r.,
- data końcowa - 29 sierpnia 2013 r. [potwierdzona świadectwem przejęcia z tej daty złożonym na rozprawie przez Przystępującego, przy braku dowodów ze strony Odwołującego, że miałyby to być 29 lipca 2013 r., jak twierdził na rozprawie].

Poz. 3. „Modernizacja pętli tramwajowej Motoarena w Toruniu”:

- data początkowa - 18 lipca 2014 r. [data przyjęcia obowiązków kierownika budowy według wpisu do dziennika budowy podpisanego własnoręcznie przez pana M. W., dodatkowo potwierdzona w oświadczeniu Miejskiego Zakładu Komunikacji w Toruniu sp. z o.o. (dalej: „MZK”) z 29 listopada 2021 r. jako data przejęcia przez niego tych obowiązków - wyciąg z dziennika budowy i pismo złożone przez Odwołującego na rozprawie, przy braku dowodów przeciwnych odnośnie daty przyjęcia obowiązków kierownika budowy ze strony Zamawiającego i Przystępującego],
- data końcowa - 1 kwietnia 2015 r. [wskazany w oświadczeniu MZK z 29 listopada 2021 r. jako data protokołu odbioru końcowego, co uściśla podaną przez ZUE w ocenianym przez Zamawiającego wykazie osób datę w zapisie „04.2015”].

Poz. 4. „Przebudowa trasy tramwajowej na odcinku od os. Lecha do ronda Żegrze

(odcinek II)”:

- data początkowa - nie wiadomo, ale po 17 lipca 2018 r. [który wskazany został w drugim piśmie procesowym Przystępującego jako uściślenie daty podanej w wykazie osób ocenianym przez Zamawiającego w zapisie „07.2018”, ale z pisma Poznańskich Inwestycji Miejskich sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wynika, że była to data zawarcia umowy w sprawie tego zamówienia ],
- data końcowa - nie wiadomo dokładnie, ale nie później niż 30 września 2019 r. [wobec wskazania przez ZUE w wykazie osób ocenianym przez Zamawiającego daty w zapisie „09.2019”].

Za bez znaczenia dla sprawy należało uznać zgłoszone przez Przystępującego na rozprawie wnioski dowodowe zmierzające do wykazania wcześniejszej niż powyżej ustalona data pełnienia przez pana M. W. funkcji kierownika budowy w związku z robotami z poz. 3. wykazu, gdyż oparte zostało to na nieuprawnionej interpretacji warunku udziału w postępowaniu. Ponadto ze złożonych w tym zakresie pism i wydruku korespondencji internetowej nie wynika, że w czynnościach, o których w nich mowa, uczestniczył pan M.W..

Podobnie wskazanie w „Świadectwie przejęcia robót” - wystawionym 22 kwietnia 2015 r. przez działające jako inżynier kontraktu DDG sp. z o.o. sp. k. i SGS Polska sp. z o.o. - 8 listopada 2013 r. jako terminu rozpoczęcia robót nie potwierdza, że od tej daty pan M. W. pełnił funkcję kierownika budowy.

Wreszcie w złożonym z inicjatywy Przystępującego oświadczeniu z 1 grudnia 2021 r. pan M.W. stwierdził jedynie, że plac budowy oraz plac pod zaplecze techniczne został przekazany ZUE 3 czerwca 2014 r., a sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia nastąpiło 16 czerwca 2014 r., nie wskazując, czy i w jakim charakterze uczestniczył w tych czynnościach. Tymczasem, jak to już powyżej ustalono, pan M. W. wprost potwierdził w dzienniku budowy, że z przejmując obowiązki kierownika budowy od 18 lipca 2014 r., do czego w żaden sposób się nie odniósł w oświadczeniu złożonym w interesie Przystępującego, a tym samym fakt ten pozostał niezakwestionowany.

Niezależnie od powyższego za bezskuteczne należało uznać próby Przystępującego wskazania lub wykazania jakoby pan M. W. pełnił funkcję kierownika budowy dłużej (wcześniej lub później) niż to podane zostało uprzednio przez ZUE w wykazie osób, gdyż w okolicznościach tej sprawy nie ma już możliwości zmiany tego złożonego Zamawiającemu oświadczenia, na którego podstawie miał on zbadać spełnianie przez ZUE warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, zgłaszanie takich wniosków przez Przystępującego wskazuje, że w zależności od potrzeby chwili sam dokonuje różnorodnej interpretacji tego warunku. W szczególności oczywiście bezzasadne - nie tylko w kontekście warunku udziału obowiązującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale w ogóle na gruncie przepisów Prawa budowlanego dotyczących pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - jest powoływanie się na to, że pan M. W. został zaproponowany na stanowisko kierownika budowy już w ofercie lub pełnił tę funkcję od chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. f IDW SWZ dla osoby wskazanej przez wykonawcę na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych Zamawiający wymagał 5-letniego doświadczenia zawodowego dokładnie na takim stanowisku, czyli pełnienia przez ten okres tej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu omówionych już powyżej przepisów Prawa budowlanego.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że w złożonych Zamawiającemu powyżej opisanych okolicznościach wykazach osób ZUE wskazało na stanowisko kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych pana

J. S. oraz opisało doświadczenie tej osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy trzech przedsięwzięciach budowlanych polegających na budowie sieci teleinformatycznych z kabli miedzianych (poz. 1. i 2.) lub przyłączy optycznych (poz. 3).

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego okazało się, że poz. 1

z wykazu, opisana tam jako „Budowa sieci teleinformatycznych na terenie kompleksów wojskowych Brzeg, Czarne i Czerwiesk...”, według pisma Centrum Zasobów Informatycznych Sił Zbrojnych {dalej: „CZISZ”} z 1 grudnia 2021 r. (złożonego przez Odwołującego na rozprawie) to trzy przedsięwzięcia budowlane, z których na pierwszych dwóch pan J. S. pełnił funkcję kierownika budowy, a na trzecim funkcję kierownika robót.

Wobec złożenia przez Odwołującego w odniesieniu do poz. 2 z wykazu, opisanej tam jako „Budowa sieci teleinformatycznych na terenie bazy lotniczej m. Dęblin.”, wyciągów z dwóch dzienników budów z pominięciem strony tytułowej, należało uznać za niedowiedzione, że okres pełnienia funkcji kierownika budowy przez pana J. S. był krótszy niż „04.2016-10.2017”, gdyż nie sposób było zweryfikować, czy te dzienniki budowy były prowadzone dla całego przedsięwzięcia budowlanego, czy - jak twierdził Przystępujący - wyłącznie w odniesieniu do dwóch budynków z uwagi na ich zabytkowy charakter.

Reasumując, ustalono że z wykazu osób, który był dla Zamawiającego podstawą badania spełniania przez ZUE przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, nie wynika co najmniej 3-letnie doświadczenie pana J. S. w pełnieniu funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Zamawiający nie wzywał ZUE do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania warunku opisanego w pkt 10.1.2.2. ppkt 2 lit. f IDW SWZ.

ZUE złożyło wykazy osób według wzoru z załącznika nr 8 do SWZ IDW, przewidującego wpisanie informacji w kolejnych kolumnach, które zostały następująco opisane: „Lp.”, „Imię i nazwisko”, „Wykształcenie (dotyczy wyłącznie Kierownika budowy)”, „Doświadczenie okres trwania: od (miesiąc, rok) do (miesiąc, rok)”, „Zajmowane stanowisko w czasie wykonania roboty budowlanej”, „Opis doświadczenia w poszczególnych okresach potwierdzający spełnianie warunków (poszczególnych wykonanych robót budowlanych)”, „Uprawnienia (Pełny zakres oraz nr i datę uprawnień)”, „Stanowisko, na które osoba jest proponowana”, „Podstawa dysponowania (Własne/Oddane do dyspozycji)”.

Z powyższego wzoru nie wynikało wprost, że w ramach opisu doświadczenia osób Zamawiający oczekuje wskazania nazw podmiotów, na rzecz których realizowane były roboty budowlane.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest częściowo zasadne.

Art. 16 pkt 1 pzp (zamieszczony w rozdziale pn. „Zasady zamówień publicznych”) stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Przy czym art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Przy czym według art. 124 pkt 2 pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Według art. 126 ust. 1 pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Z art. 128 ust. 1 pzp wynika, że jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie, lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ustalonych powyżej okolicznościach za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty ZUE, które nie wykazało, że osoba wskazana przez nie na stanowisko kierownika budowy ma co najmniej tak długie doświadczenie, jak to było wymagane w treści warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego, pomimo tego, że w tym zakresie wykaz osób był już raz zmieniany.

Kluczowe znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający, pomimo że nie wzywał do uzupełnienia wykazu osób, badał spełnianie przez ZUE warunków udziału dotyczących dysponowania osobami o wymaganych uprawnieniach, kwalifikacjach i doświadczeniu

w oparciu o dokument zmieniony w zakresie kierownika budowy przez ZUE z własnej inicjatywy.

Podkreślić należy, że jak jednolicie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie zamawiający może tylko raz wezwać do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń

lub dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 pzp (w poprzednim stanie prawnym art. 26 ust. 3 ustawy pzp z 2004 r. zawierał analogiczną regulację) w stosunku do tej samej

nieprawidłowości. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Jednakże dostrzega się również, że dokonanie przez wykonawcę takiej czynności

przez wykonawcę z własnej inicjatywy, bez wezwania zamawiającego, winno być również oceniane z punktu widzenia tych naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Innymi słowy problem ten powinien być rozstrzygany w odniesieniu do konkretnych

okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem konsekwencji samodzielnie dokonanej

czynności oraz specyfiki oświadczenia lub dokumentu, której ona dotyczy. Jak słusznie wskazała Izba w uzasadnieniu wyroku z 4 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 245/15, KIO 305/15, nie można wykluczyć sytuacji prostych i oczywistych, wiadomych wszystkim uczestnikom

postępowania, czytelnych i łatwych do zidentyfikowania oraz zakwalifikowania, gdzie

mnożenie kolejnych czynności zamawiającego i postulowanie uzupełnienia dokumentów uzupełnionych należałoby ocenić jako zbędny formalizm postępowania, prowadzący do jego przewlekłości, co kłóciłoby się z jego racjonalnością i ekonomią postępowania.

Przed wszystkim za aktualne należy uznać w okolicznościach tej sprawy stanowisko

wyrażone przez Izbę w uzasadnieniu powyższego wyroku, że samodzielne uzupełnianie

oświadczeń lub dokumentów nie może prowadzić do de facto wielokrotnych ich uzupełnień przez niektórych wykonawców (najpierw samodzielnie, a potem na wezwanie zamawiającego, w przypadku gdy pierwsze uzupełnienie zostałoby przyjęte, ocenione

i uznane za niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu). Takie działanie naruszałoby zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Reasumując, dopuszczenie, aby Przystępujący, który z własnej woli wycofał pierwotnie zgłoszoną osobę na stanowisko kierownika budowy, mógł ponownie zmienić w tym zakresie wykaz osób, stanowiłoby rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, aktualnie wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy pzp, z której wywiedziono zasadę jednokrotności przeprowadzenia procedury uzupełniania lub poprawiania dokumentów składanych m.in. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego - działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

Ponieważ pozostałe zarzuty i żądania należało uznać za oczywiście bezzasadne, orzeczono - jak w pkt 3. sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp - jak w pkt 4. sentencji - uznając że Odwołujący i Zamawiający wygrali i przegrali ją w równym stopniu. Stąd w pierwszej kolejności na podstawie § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) zaliczono do tych kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego. W drugiej kolejności na podstawie § 5 pkt 2 lit. a, b oraz d zaliczono w poczet tych kosztów również uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, kosztów dojazdu i opłaty od pełnomocnictwa, które zostały przez nich zgłoszone i poparte rachunkiem lub co najmniej objęte spisem kosztów. Wreszcie zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego połowę kosztów poniesionych przez tego ostatniego w związku z uiszczeniem wpisu, pomniejszoną o różnicę w wysokości zgłoszonych przez Strony uzasadnionych kosztów, co pozostaje w zgodzie z regulacjami wynikającymi z § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 tego rozporządzenia.