

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 727 zł 22 gr (słownie:

cztery tysiące siedemset dwadzieścia siedem złotych dwadzieścia dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika, noclegu oraz dojazdu na rozprawę.

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 2022 r., poz. 1710) 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:

Zamawiający - Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie

przetargu nieograniczonego na przebudowę Nabrzeża Indyjskiego w Porcie Gdynia (znak postępowania: ZHB/DSP- 612/SWZ-40/MŁ/PP/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 038-099276.

W dniu 12 sierpnia 2022 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, art. 57 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NDI, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu - NDI nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ tj. warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż NDI jako kierownika budowy, którego zamierza skierować do realizacji Zamówienia wskazał Pana M. Sz., która nie spełnia wymogu prowadzenia budowy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 6 miesięcy a tym samym NDI wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
 2. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 116 ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NDI, pomimo że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia a jednocześnie wprowadzenie w błąd Zamawiającego do co możliwości zaangażowania Pana M. Sz. w realizację Zamówienia;
- ewentualnie
3. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania NDI do złożenia wyjaśnień, na skutek czego nie zweryfikowano posiadania przez Pana M. Sz., doświadczenia w prowadzeniu budowy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 6 miesięcy
- a w konsekwencji;
4. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty NDI, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez NDI, jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenie oferty NDI

ewentualnie

3. nakazanie Zamawiającemu wezwania NDI do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonego w pkt IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał brzmienie warunku określonego w punkcie IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ. W załączniku do Oferty „Wykaz osób” NDI w celu

wykazania spełniania powyższego warunku wskazało jako kierownika budowy p. M. Sz. oraz realizację „Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu”. Odwołujący dokonał analizy treści udostępnionych dzienników budowy dotyczących w/w inwestycji. Z dzienników budowy wynika, że p. M. Sz.: a) Nie pełnił funkcji kierownika budowy tak jak wskazało NDI w okresie od 04.2006-12.2007. W rzeczywistości pełnił funkcję kierownika budowy od 01.02.2006 do dnia 19.10.2007 r. b) W żadnym okresie realizacji w/w inwestycji nie prowadził budowy przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy. Odwołujący przedstawił tabelę wskazującą okresy, kiedy p. M. Sz. prowadził budowę oraz przerwy w prowadzeniu budowy, w czasie których roboty były prowadzone przez inne osoby. W okresie od 01.02.2006 do 19.10.2007 nie występuje ani jeden okres, kiedy p. M. Sz. prowadził budowę nieprzerwanie przez 6 miesięcy.

Odwołujący podał, że uwzględniając tabelę zawartą w odwołaniu oraz wpisy do dziennika budowy należy wskazać, że:

(i) W okresie od 14.07.2006 r. do dnia 25.07.2006 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. M. Sz. w dniu 13.07.2006 r. dokonał wpisu „Z dniem 14.07.2006 r. na czas urlopu do 24.07.2006 r. przekazuję obowiązki kierownika budowy panu A. Sz.” zaś 26.07.2006 r. M. Sz. dokonał wpisu „W dniu dzisiejszym po przerwie urlopowej przejąłem obowiązki kierownika budowy”. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 01.02.2006 do 14.07.2006 - 163 dni.

(ii) W okresie od dnia 24.08.2006 r. do dnia 10.09.2006 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. A. Sz. w dniu 24.08.2006 r. dokonał wpisu „Podczas choroby kier. budowy przejąłem obowiązki.” i następnie dokonywał wpisów do dziennika budowy jako kierownik budowy. M. Sz. ponownie zaczął dokonywać wpisów do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia 11.09.2006 r. Okres nieprzerwanego

prowadzenia budowy od 26.07.2006 do 24.08.2006 - 29 dni.

(iii) W okresie od dnia 01.12.2006 r. do dnia 14.12.2006 r. budowa była prowadzona przez A. Sz.. Od dnia 6.12.2006 r. A. Sz. wyraźnie wpisywał się jako kierownik budowy. M. Sz.

ponownie zaczął dokonywać wpisów do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia

15.12.2006 r. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 11.09.2006 do 01.12.2006 - 81 dni.

(iv) W okresie od 15.01.2007 r. do dnia 21.01.2007 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. M. Sz.

w dniu 12.01.2007 r. dokonał wpisu „Na czas urlopu do 15.01. do dnia 19.01.07 na budowie zastępować będzie mnie pan A. Sz..” Od dnia 15.01.2007 r. do dnia 20.01.2007 r. A. Sz. wyraźnie wpisywał się jako kierownik budowy. M. Sz. ponownie zaczął dokonywać wpisów

do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia 22.01.2007 r. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 15.12.2007 do 14.01.2007 - 31 dni.

(v) W okresie od 02.02.2007 r. do dnia 11.02.2007 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. M. Sz.

w dniu 02.02.2007 r. dokonał wpisu „Na czas urlopu od 05.02. do dnia 09.02. obowiązki kierownika budowy przekazuję panu A. Sz..” Od dnia 5.02.2007 r. do dnia 09.02.2007 r. A. Sz. wyraźnie wpisywał się jako kierownik budowy. M. Sz. ponownie zaczął dokonywać wpisów do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia 12.02.2007 r. dokonując wpisu „Po przerwie urlopowej przejmuję obowiązki kier. budowy”. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 22.01.2007 do 05.02.2007 - 14 dni.

(vi) W okresie od 02.04.2007 r. do dnia 09.02.2007 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. M. Sz.

w dniu 31.03.2007 r. dokonał wpisu „Na czas urlopu od 2.04. do 06.04.07 obowiązki kierownika bud. przekazuję panu A. Sz..” Od dnia 2.04.2007 r. do dnia 03.04.2007 r. A. Sz. wyraźnie wpisywał się jako kierownik budowy. M. Sz. ponownie zaczął dokonywać wpisów

do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia 10.04.2007 r. dokonując wpisu „Przejmuję obowiązki kierownika budowy po powrocie

z urlopu”. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 12.02.2007 do 02.04.2007 - 49

dni.

(vii) W okresie od 09.07.2007 r. do dnia 19.09.2007 r. budowa była prowadzona przez A. Sz., który dokonywał wpisów jako kierownik budowy. M. Sz. w dniu 06.07.2007 r. dokonał wpisu „Przekazuję obowiązki kierownika panu A. Sz. na okres urlopu do 13.07.2007.” Od dnia 09.07.2007 r. do dnia 19.09.2007 r. A. Sz. wyraźnie wpisywał się jako kierownik budowy. W dniu 19.09.2007 r. A. Sz. dokonał wpisu „Na czas urlopu przekazuję obowiązki (12.09.2007 - 5.10.2007) dotychczasowemu kier. budowy”. Sugeruje to w okresie od lipca do września 2007 r. p. M. Sz. zaprzestał wykonywania funkcji kierownika budowy na co wskazuje sformułowanie „dotychczasowemu” kierownikowi budowy. M. Sz. ponownie zaczął dokonywać wpisów do dziennika budowy jako kierownik budowy od dnia 19.09.2007 r. dokonując wpisu „Przejąłem obowiązki kier. budowy” by w dniu 19.10.2007 r. dokonać wpisu „W dniu 19.10.2007 r. zakończyłem pełnienie obowiązków kierownika budowy.”. Okres nieprzerwanego prowadzenia budowy od 10.04.2007 do 09.07.2007 - 89 dni i od 19.09.2007-19.10.2007 r. 30 dni.

Z powyższego wynika, że w okresie od lutego 2006 roku do października 2007 roku Pan Sz. nie prowadził budowy jako kierownik budowy w nieprzerwany sposób przez 6 miesięcy. We wskazanych powyżej okresach budowa była prowadzona przez inną osobę tj. p. A. Sz..

Odwołujący uzasadniał, że nie sposób jest uznać, że samo powołanie na funkcję kierownika budowy jest wystarczające do wykazania wymaganego doświadczenia w ramach warunków udziału sformułowanych w pkt I.X.2.4 lit. D.SWZ. Czym innym jest wykazywanie np. stażu pracy do którego się wlicza okresu chorobowe czy przestojów uznanych przez przepisy prawa pracy lub ubezpieczeń społecznych np. urlopy macierzyńskie, wychowawcze, wypoczynkowe itd. a czym innym jest natomiast wykazywanie się doświadczeniem w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, które nakazują badać realne a nie hipotetyczne doświadczenie danej osoby. Zwrócić należy uwagę na sposób sformułowania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu tj. jako Kierownik Budowy prowadził przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy co najmniej jedną robotę budowlaną. W tym zakresie istotnym jest, że dla spełnienia tego warunku muszą zaistnieć łącznie dwie przesłanki „prowadzenie” i „nieprzerwanie”: (i) Prowadzenie - dla spełnienia tej przesłanki nie jest wystarczające to, że dana osoba wpisała się do dziennika budowy. Zamawiający nie posłużył się sformułowaniem „pełnienie”, które mogłoby oznaczać czas sprawowania danej funkcji. Natomiast posłużenie się sformułowanie „prowadzenie” zakłada, że osoba ta nie tylko formalnie była wpisana jako kierownik budowy do dziennika budowy, ale w tym czasie faktycznie prowadziła budowę. Jest to również istotne z tego punktu widzenia, że kwestia ta dotyczy legitymowania się odpowiednim doświadczeniem w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób jest uznać, że kierownik budowy mógł nabyć doświadczenie polegające na 6 miesiącach nieprzerwanego prowadzenia budowy w czasie, kiedy taka budowa była prowadzona przez innego kierownika budowy. (ii) Nieprzerwanie - dla spełnienia tej przesłanki we wskazany okresie czasu budowa powinna być prowadzona przez jedną osobę jako kierownika budowy. Zapis pkt I.X.2.4 lit. D.SWZ zakłada nabycie doświadczenia w faktycznym prowadzeniu budowy we wskazanym okresie 6 miesięcy. Odczytywać ten wymóg należy w ten sposób, że we wskazanym okresie tylko jedna osoba kieruje robotami (prowadzi) je jako kierownik budowy. W sytuacji wynikającej z przedstawionych powyżej wpisów do dziennika budowy wynika, że budowa (roboty) nie była prowadzona nieprzerwanie przez jednego kierownika budowy, ale przez dwóch kierowników budowy. W czasie, gdy jeden z kierowników budowy nie prowadził budowy była ona prowadzona przez drugiego kierownika. Każdy z dwóch kierowników budowy wyraźnie wpisywał się do dziennika budowy jako kierownik budowy i w danym okresie faktycznie kierował robotami (prowadził budowę).

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy Prawa budowlanego nie przewidują ustanowienia więcej niż jednego kierownika budowy. Na budowie zawsze musi być co najmniej kierownik budowy co wynika jednoznacznie z art. 18 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego. Dopiero w sytuacji, gdy dla wykonania robót konieczne jest legitymowanie przygotowaniem zawodowym w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy konieczne jest ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. Wynika to jednoznacznie z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego, przy czym wyraźnego podkreślenia wymaga, że przepis ten zakłada ustanowienie kierownika robót obok kierownika budowy a nie powołanie drugiego kierownika budowy. Zatem na budowie musi być jeden kierownik budowy, ale obok niego może być jeden lub więcej kierowników robót. Nie jest dopuszczalne ustanowienie więcej niż jednego kierownika budowy.

Powyższe niezbicie prowadzi do wniosków, że nie może być w tym samym czasie dwóch lub więcej kierowników budowy a każdy kto w danym momencie pełni funkcję odpowiada zawodowo i karnie za uchybienie swoim obowiązkom. Tym samym przy realizacji inwestycji pn. „Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu” w momencie, kiedy funkcję Kierownika Budowy wykonywał Pan A. Sz., to tej funkcji nie mógł wykonywać Pan M. Sz.. Tym samym roboty były prowadzone albo przez M. Sz. albo przez A. Sz. a konsekwencji w okresach, gdy budowa była prowadzona przez A. Sz. następowały przerwy

w prowadzeniu budowy przez M. Sz.. Uwzględniając zapis pkt I.X.2.4 lit. D.SWZ oraz wskazane powyżej przerwy w prowadzeniu budowy w żadnym momencie p. M. Sz. nie prowadził budowy pn.: „Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu” przez nieprzerwany okres 6 miesięcy. Oznacz to, że NDI nie spełniło warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślał, że profesjonalny wykonawca, który złożył ofertę wskazując tak opisanego jak w specyfikacji warunku udziału w postępowaniu powinien po pierwsze sprawdzić: a) kiedy dany kierownik rozpoczął i zakończył pełnienie obowiązków kierownika budowy na danej inwestycji. NDI nie dokonało tych czynności czego efektem było podanie w wykazie osób załączonym do oferty błędnych dat rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji b) czy w okresie pełnienia funkcji kierownik budowy faktycznie prowadził roboty konieczne dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu. NDI zaniechało jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie stawiając znak równości pomiędzy formalnym powołaniem na daną funkcję a rzeczywistym prowadzeniem budowy w tym okresie. Powyższe uchybienia i brak należytej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy doprowadziło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Brak sprawdzenia podanych informacji nie znajduje usprawiedliwienia i świadczy o niedbalstwie po stronie tego wykonawcy. Co więcej, należy podkreślić, iż czasookres był wymagany elementem warunku i w oparciu o oświadczenie wykonawcy Zamawiający uznał spełnienie warunków udziału a przez to dokonał wyboru oferty. Powyższe oznacza, że podanie takich informacji nie tylko mogło, ale miało rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta NDI nie została odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 449/22, wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 59/22, wyrok z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3781/21.

Konkludując wskazał, że NDI nie podjęło żadnych działań a w szczególności na pewno nie dokonało analizy dziennika budowy, w celu upewnienia się czy deklarowane w Wykazie osób doświadczenie p. M. Sz. odpowiada rzeczywistości i odpowiada warunkom udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że oferta NDI powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pkt IX.2.4 lit. D SWZ sformułował warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający zastrzegł, że „Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że D. dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia”. Oznacza to, że NDI wskazując w Wykazie personelu p. M. Sz. nie wskazało go jako osobę, którą hipotetycznie czy potencjalnie dysponuje, ale która w rzeczywistości zostanie skierowana do realizacji Zamówienia w charakterze kierownika budowy. Prowadzenie budowy przez kierownika budowy zakłada jego bieżącą obecność na terenie budowy w celu faktycznego kierowania robotami. Potwierdzeniem tego jest § 10 ust. 13 załącznika nr 4 do SWZ - Projektowane postanowienia umowy, gdzie Zamawiający zastrzegł, że: Kierownik Budowy ma obowiązek przebywania na terenie budowy w trakcie wykonywania robót budowlanych. Tym samym funkcji tej nie można pełnić okazjonalnie wizytując budowę raz na jakiś czas. Brak jest możliwości łączenia funkcji kierownika budowy z realizacją innych przedsięwzięć budowlanych wymagających zaangażowania kierownika budowy. Z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że p. M. Sz. jest w chwili obecnej zaangażowany w inne przedsięwzięcia budowlane, które uniemożliwiać będą mu faktyczną realizację obowiązków kierownika budowy w sposób określony w § 10 ust. 13 zał. nr 4 do SWZ.

1. Urząd Morski w Szczecinie - Budowa opaski brzegowej na wysokości Ekoparku wschodniego w Kołobrzegu (KM 327,42-328,74) - Urząd Morski w Szczecinie Pan M. Sz. pełni funkcję Inspektora nadzoru. Odwołujący dodatkowo wysłał wniosek o udzielenie informacji publicznej, również o inne inwestycje prowadzone przez Urząd Morski w Szczecinie, w które zaangażowany jest p. M. Sz.. Odwołujący oczekuje na odpowiedź.

2. Poprawa Dostępu do Portu w Szczecinie w Rejonie Kanału Dębickiego - Inwestor Zarząd Morskiego Portu Szczecin i Świnoujście

Z informacji dostępnych odwołującemu pan M. Sz. jest na tej inwestycji inżynierem rezydentem. Odwołujący wysłał wniosek o udzielenie informacji publicznej. Odwołujący oczekuje na odpowiedź.

3. Baltic Pipe - Inwestor GAS System S.A.

Z informacji (ustnych) dostępnych Odwołującemu wynika, że Pan M. Sz. jest wpisany w Dziennik budowy jako Inspektor Nadzoru. Z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że

wykonawcą tych robót jest NDI. Odwołujący wnosi o zobowiązanie NDI do złożenia oświadczenia lub dokumentów potwierdzających, że p. M. Sz. nie jest zaangażowany w realizację w/w inwestycji.

Poprzez powyższe zaangażowanie z uwagi na zakres obowiązków i czasu nie może on pełnić realnie funkcji kierownika budowy na przedmiotowej inwestycji. Wykonawca zgłaszając Pana Sz. na kierownika budowy miał świadomość, że łączenie 3 ważnych funkcji na raz nie będzie możliwe do połączenia z realnym pełnieniem funkcji kierownika budowy. W ocenie Odwołującego podanie zatem tej osoby służyło tylko wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu a NDI jako profesjonalny wykonawca powinien ustalić i upewnić się ze wskazywana przez niego osoba na potwierdzenie spełniania warunków faktycznie będzie mogła wziąć realnie udział w realizacji zamówienia. Brak takich ustaleń stanowiło co najmniej o lekkomyślności i niedbalstwie po stronie NDI.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 28 września 2020 r. sygn. akt: KIO 2214/20.

W ocenie Odwołującego zaangażowanie w trzy inne projekty inwestycyjne powoduje rzeczywisty wpływ na dostępność p. M. Sz. przy realizacji umowy tj. na chwilę złożenia oferty p. M. Sz. nie realnie możliwości pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach inwestycji objętej niniejszym postępowaniem.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego bezzasadność oraz zasądzenie od

Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych lub zgodnie ze spisem kosztów, w razie jego złożenia na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że warunek z rozdziału IX ust. 2 pkt 4 ppkt D lit. a) SWZ stanowi o wymogu prowadzenia przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy co najmniej jednej roboty budowlanej. Ww. zapis nie określa, że kierownik budowy musi być obecny na terenie budowy przez wszystkie dni prowadzonych prac. Również ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 1994 Nr 89, poz. 414 z późn. zm., dalej: „p.b”) nie określa takich wymogów względem kierownika budowy. W ocenie Zamawiającego byłby to wymóg nadmierny i często niemożliwy do spełnienia, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający, określając ww. warunek, musiał mieć również na względzie wynikające z art. 152 i n. ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510 z późn. zm., dalej: „k.p.”) prawo pracownicze do urlopu wypoczynkowego, a także ewentualne zobowiązania urlopowe wynikające z umowy cywilnoprawnej. Zamawiający, formułując ww. warunek, miał również na względzie pewne wypadki losowe, jak np. choroba kierownika budowy, która wyklucza obecność kierownika budowy na terenie budowy.

W nawiązaniu do powyższego należy wskazać, że Odwołujący w treści odwołania wskazał, że p. M. Sz. w wybranych dniach przebywał na urlopie lub był chory i z tych powodów nie mógł być obecny na terenie budowy. Zamawiający zwracał uwagę, że z dzienników budowy wynika, że p. M. Sz. prowadził Inwestycję od dnia 1 lutego 2006 r. Następnie w dniu 14 lipca 2006 r. przekazał obowiązki p. A. Sz. na czas urlopu w dniach 14 - 24 lipca 2006 r. Zamawiający zwraca uwagę, że p. M. Sz.

w okresie od 1 lutego 2006 r. do 1 sierpnia 2006 r. nie był obecny na terenie budowy jedynie w ww. dniach, co zdaniem Zamawiającego było uzasadnione urlopem p. M. Sz.. Następnie już w dniu 1 sierpnia 2006 r. został spełniony ww. warunek prowadzenia roboty budowlanej przez okres 6 miesięcy.

W ocenie Zamawiającego okoliczność, że kierownik budowy przebywał na urlopie w dniach 14 - 24 lipca 2006 r. nie może świadczyć o niespełnieniu ww. warunku z rozdziału IX ust. 2 pkt 4 ppkt D lit. a) SWZ. Zamawiający podnosił, że formułując ww. warunek, musiał mieć na względzie wymogi powszechnie obowiązującego prawa, w szczególności określone w k.p. prawo pracownika do corocznego urlopu oraz ewentualne zobowiązania urlopowe wynikające z umowy cywilnoprawnej. Za całkowicie sprzeczne z doświadczeniem życiowym należy uznać przyjęcie, że pracownik lub osoba świadcząca usługi na podstawie umowy cywilnoprawnej w okresie półrocznym nie skorzysta choćby z jednego dnia wolnego. Zamawiający, formułując ww. warunek, musiał liczyć się z ww. sytuacją.

Z ww. warunku nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał od Wykonawcy przebywania przez kierownika budowy na terenie budowy każdego dnia prowadzonych prac. Również z przepisów p.b. nie wynika taki obowiązek po stronie kierownika budowy. Obowiązki kierownika budowy zostały określone w art. 22 p.b. i wśród nich nie widnieje obowiązek przebywania kierownika budowy na terenie budowy podczas wszystkich dni prowadzonych

prac. W związku z powyższym należy uznać, że ww. warunek prowadzenia roboty budowlanej jest jasny i nie może być utożsamiany z jednoczesnym obowiązkiem kierownika budowy przebywania każdego dnia na terenie budowy.

Nadto w przypadku uznania, że ww. warunek nie jest całkowicie jasny, należy mieć na względzie, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości w zakresie treści SWZ nie mogą obciążać wykonawców i być interpretowane na ich niekorzyść (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 września 2017 r. w sprawie KIO 1782/17, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2021 r. w sprawie KIO 840/21, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 700/21, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2018 r. w sprawie KIO 2111/18).

Zamawiający wskazał, że należy zwrócić uwagę na fakt, iż kilkudniowe nieobecności kierownika budowy na terenie budowy nie negują faktu „prowadzenia” przez niego robót budowlanych - kierownik budowy ustala bowiem harmonogram prac, przebieg procesu

inwestycyjnego oraz rozdziela zadania na terenie budowy, co jest w stanie zaplanować również na okres swojej kilkudniowej nieobecności. Podkreślić należy, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego „prowadzić” oznacza „być odpowiedzialnym za funkcjonowanie i przebieg czegoś, zajmować się czymś”, co sugeruje bardziej nadzór, planowanie i ustalanie priorytetów na budowie aniżeli obowiązkową ciągłą, fizyczną obecność na budowie przez kierownika budowy.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający przywołał poglądy doktryny dotyczące art. 116 ust. 2 ustawy Pzp oraz powołał się na wyrok KIO z dnia 28 września 2020 r. sygn. akt: KIO 2214/20. Zamawiający stwierdził, że:

1) Odwołujący nie dostarczył przekonujących dowodów pozwalających na uznanie, że zasoby NDI nie będą dostępne w czasie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na ich zaangażowanie w inne przedsięwzięcie - Odwołujący dostarczył właściwie tylko jeden dokument, tzn. zdjęcie tablicy informacyjnej, z którego niemniej jednak nie wynika, aby p. M. Sz. wskazany w wykazie osób przez NDI był tą samą osobą na ww. tablicy informacyjnej. 2) W nawiązaniu do pkt 1 - przy założeniu, że p. M. Sz. jest tą samą osobą co wskazana na ww. tablicy informacyjnej, nie jest możliwe ustalenie faktycznego zakresu obowiązków p. M. Sz. jako inspektora nadzoru. 3) Pan M. Sz. prowadzi działalność gospodarczą, a z wykazu osób wynika, że z NDI związany jest na podstawie umowy cywilnoprawnej - nie sposób zatem mówić o tym, że to NDI posłużył się potencjałem w osobie p. M. Sz. na potrzeby innych postępowań, jeżeli NDI nie występuje jako wykonawca w tych postępowaniach. 4) Obowiązki inspektora nadzoru nie są tożsame z obowiązkami kierownika budowy, w szczególności z reguły mniejsza jest obecność inspektora nadzoru na terenie budowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie [dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum NDI”] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 18 sierpnia 2022 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającą przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 19 sierpnia 2022 r. po stronie Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz

wyjaśnieniami i modyfikacjami, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 sierpnia 2022 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 25 sierpnia 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego z dnia 24 sierpnia 2022 r. oraz pismo procesowe Konsorcjum NDI z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. zdjęcie z tablicy informacyjnej;
2. wybrane strony Dziennika Budowy;
3. pismo Odwołującego z dnia 8 sierpnia 2022 r. skierowane do Urzędu Morskiego w Szczecinie;
4. pismo Odwołującego z dnia 2 sierpnia 2022 r. skierowane do Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. z siedzibą w Szczecinie;
5. pismo RZI w Szczecinie z dnia 07.07.2022 r.;
6. pismo WINB w Szczecinie z dnia 08.07.2022 r.;
7. pismo Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 19 sierpnia 2022 r.;
8. Informacje ze strony internetowej Infrastruktura portowa w Mrzeżynie i Niechorzu już po modernizacji. Co się zmieniło? - GospodarkaMorska.pl;
9. Lista zadań kierownika budowy na budowie;
10. fragmenty SWZ dot. zadania pn. Poprawa infrastruktury w małych portach: Mrzeżyno, Niechorze, Lublin, Trzebież;
11. pismo Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A. z siedzibą w Szczecinie z dnia 23 sierpnia 2022 r.;
12. informacje ze strony GospodarkaMorska.pl dotyczące Basenu Kaszubskiego;
13. materiały własne Odwołującego - Basen kaszubski;
14. informacja mailowa z dnia 23.08.2022 roku od Piotr Jakobina Kierownika Finansowego Kontraktu;
15. ogłoszenie o zamówieniu nr 2018/S 144 - 330493.

Izba wzięła także pod uwagę dowody złożone przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 24 sierpnia 2022 r., tj.:

1. świadectwo pracy p. Sz.;
2. wniosek NDI S.A. z dnia 7 lipca 2021 r. do Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w trybie dostępu do informacji publicznej;
3. odpowiedź Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego z dnia 9 lipca 2021 r. w trybie dostępu do informacji publicznej;
4. oświadczenie p. M. Sz. z dnia 22 sierpnia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 2 pkt 4 ppkt D lit. a) SWZ, z uwzględnieniem zmiany

SWZ z dnia 18 marca 2022 r., Wykonawca spełni niżej wskazany warunek, jeżeli wykaze, że dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji Zamówienia następującymi osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji Zamówienia:

a) Kierownikiem Budowy, tj. osobą posiadającą:

- uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności hydrotechnicznej (lub im odpowiadających), zgodnie z art. 14, ust. 1, ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.) dot. samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie,

- minimum łącznie 8-letnie doświadczenie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót, który w tym czasie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót hydrotechnicznych prowadził przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie - w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w porcie morskim nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m i o wartości całej inwestycji co najmniej 55.000.000,00 zł. (słownie: pięćdziesiąt pięć milionów złotych 00/100) brutto, zawierającą w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego.

Zgodnie z rozdziałem X ust. 2 SWZ, Zamawiający zgodnie z art. 109 ust. 1 w zw. z ust. 2 Ustawy wykluczy z Postępowania Wykonawcę:

Pkt 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Pkt 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Termin składania ofert upłynął w dniu 25 maja 2022 r. W przedmiotowym postępowaniu złożono 6 ofert.

W dniu 8 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum NDI do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z dnia 20 czerwca 2022 r. Konsorcjum NDI złożyło podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz osób (załącznik nr 7 do SWZ), w którym do pełnienia funkcji kierownika budowy wyznaczyło p. M. Sz.. Zgodnie z wykazem osób ww. osoba posiada m.in. doświadczenie jako kierownik budowy inwestycji w terminie 04.2006 - 12.2007 „Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu”, obejmującej budowę nabrzeża o głębokości technicznej co najmniej 10 m w porcie morskim, zawierającą także w swym zakresie wykonanie robót kafarowych polegających na pogrążeniu kombinowanych ścianek szczelnych w zakresie budownictwa morskiego. Wartość inwestycji ok. 200 mln. zł. Jednocześnie jako podstawę zobowiązania wskazano „umowa cywilnoprawna”.

Ponadto Konsorcjum NDI złożyło zobowiązanie z dnia 6 maja 2022 r. p. M. Sz. do pełnienia na rzecz Przystępującego funkcji kierownika budowy w celu wykonania obowiązków w zakresie objętym zamówieniem, przez okres jego realizacji, na podstawie odrębnej umowy.

W dniu 2 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum NDI jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, art. 57 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum NDI, pomimo że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego

warunku udziału wskazanego w pkt IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ, gdyż Konsorcjum NDI jako kierownika budowy, którego zamierza skierować do realizacji zamówienia wskazało p. M. Sz., która nie spełnia wymogu prowadzenia budowy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 6 miesięcy, a tym samym Konsorcjum NDI wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Za niezasadny Izba uznała także zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania ww. Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia zawodowego p. M. Sz..

Izba odniesie się łącznie do ww. zarzutów, ponieważ oparte zostały na wspólnych okolicznościach faktycznych.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Jednocześnie zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, wykluczeniu podlega wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W myśl art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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 wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu (art. 128 ust. 4 ustawy Pzp).

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Osią sporu między Stronami była ocena, czy wykonawca Konsorcjum NDI wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX.2.4) lit. D. lit a) specyfikacji dotyczący doświadczenia osoby dedykowanej do realizacji zamówienia na stanowisko kierownika budowy. Zdaniem Odwołującego z treści Dziennika Budowy dotyczącego inwestycji pn. Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu wynika, iż p. M. Sz. w okresie od 4.2006 - 12.2007 nie pełnił funkcji kierownika budowy, gdyż funkcja ta w rzeczywistości pełniona była w okresie od 1.02.2006 - 19.10.2007 r. Jednocześnie w opinii Odwołującego w żadnym okresie realizacji ww. inwestycji p. Sz. nie prowadził budowy przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy. Powyższe Odwołujący wywodził z odnotowanych w Dzienniku Budowy dotyczącym referencyjnego zadania okresów nieobecności p. Sz. wywołanych urlopem oraz inną usprawiedliwioną nieobecnością w pracy, w tym chorobą, co w opinii Odwołującego oznaczało, że w tych okresach p. Sz. nie prowadził robót budowlanych dotyczących referencyjnego zadania, ponieważ na czas nieobecności jego obowiązki przejmował jako kierownik budowy p. A. Sz..

Odnosząc się do podniesionego zarzutu Izba wskazuje, iż nie było sporne między Stronami, że p. Sz. wpisem do Dziennika Budowy z dnia 1 lutego 2006 r. objął samodzielną funkcję techniczną w budownictwie - Kierownika budowy na referencyjnym zadaniu, co wiązało się z dokonaniem przez inwestora stosownego zgłoszenia do właściwego organu nadzoru budowlanego. Jednocześnie wpisem z dnia 19 października 2007 r. p. Sz. zakończył pełnienie ww. funkcji, a funkcję kierownika budowy przejął po nim p. A. A. Powyższe jest spójne z pismem Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Szczecinie z dnia 8 lipca 2022 r., z którego wynika, że „Pana M. Sz., podjął obowiązki kierownika budowy na przedmiotowym zadaniu z dniem 01.02.2006 r. (oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika budowy). Pismem z dnia 30.10.2007 r. inwestor powiadomił tutejszy inspektorat o zmianie osoby pełniącej funkcję kierownika budowy”. Ponadto w ww.

okresie p. Sz. był zatrudniony na podstawie umowy o pracę w spółce Energopol-Szczecin S.A. z siedzibą w Szczecinie jako kierownik budowy, co potwierdza złożone przez Przystępującego świadectwo pracy. Dalej wskazać należy, iż za bezsporne Izba uznała podane przez Odwołującego okresy nieobecności p. Sz. w pracy z powodu urlopu lub okresy innej usprawiedliwionej nieobecności, w tym wywołane chorobą, odnotowane w Dzienniku Budowy dotyczącym referencyjnego zadania.

Izba wskazuje, iż rozstrzygnięcie niniejszego sporu wymaga odniesienia się do treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ. Zgodnie z wymogiem Zamawiającego osoba dedykowana na stanowisko kierownika budowy miała legitymować się minimum łącznie 8-letnie doświadczeniem jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót, który w tym czasie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót hydrotechnicznych prowadził przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy co najmniej jedną określoną robotę budowlaną.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby kilkudniowe, usprawiedliwione nieobecności w pracy kierownika budowy p. M. Sz. oznaczały przerwę w prowadzeniu przez niego robót budowlanych na referencyjnym zadaniu. W ocenie Izby przyjęcie rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu w sposób prezentowany przez Odwołującego nie znajduje oparcia w treści specyfikacji warunków zamówienia, przepisach prawa, zasadzie współzycia społecznego, jak również nie było podstawą motywacji Zamawiającego w ukształtowaniu brzmienia omawianego warunku.

Po pierwsze, wskazać należy, iż w sformułowanym warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał, aby kierownik budowy przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy prowadził co najmniej jedną robotę budowlaną. Z powyższego wymogu nie można wywnioskować, iż Zamawiający wymagał, aby kierownik budowy był obecny na terenie danej budowy przez wszystkie dni prowadzonych prac. Takiego wymogu, nie przewiduje również ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 1994 Nr 89, poz. 414 z późn. zm.). Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający, taki wymóg byłby nadmierny i często niemożliwy do spełnienia, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający, określając ww. warunek, musiał mieć również na względzie wynikające z art. 152 i n. ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1510 z późn. Zm.) prawo pracownicze do urlopu wypoczynkowego, a także ewentualne zobowiązania urlopowe wynikające z umowy cywilnoprawnej. Zamawiający, formułując ww. warunek, miał również na względzie pewne wypadki losowe, jak np. choroba kierownika budowy, która wyklucza obecność kierownika budowy na terenie budowy.

Po drugie, zauważyć należy, iż w spornym warunku udziału w postępowaniu Zamawiający posłużył się ogólnym określeniem „prowadził robotę budowlaną”. Jak słusznie zauważył Zamawiający, kierownik budowy jest odpowiedzialny m.in. za ustalenie harmonogramu prac, przebiegu procesu inwestycyjnego oraz rozdzielenie zadań na terenie budowy, co jest w stanie zaplanować również na okres swojej kilkudniowej nieobecności. Na szeroki wachlarz zadań i obowiązków kierownika budowy zwrócił uwagę także Odwołujący w załączniku nr 5 do pisma procesowego z dnia 24 sierpnia 2022 r., którego analiza wskazuje, że zakres zadań i obowiązków kierownika budowy związany z prowadzeniem danej roboty budowlanej jest szeroki, w tym obejmuje czynności nadzorcze, koordynujące, planowanie i ustalanie priorytetów na budowie. Tym samym nie można przyjąć, że czasowa, w dodatku wywołana usprawiedliwionymi okolicznościami nieobecność kierownika budowy w pracy, oznacza odejście od ustalonych przez niego zadań, priorytetów na terenie budowy, czy też wręcz rezygnację z pełnienia funkcji kierownika budowy i w konsekwencji prowadzenia robót.

Po trzecie, w okolicznościach sprawy nie można pominąć specyfiki samodzielnej technicznej funkcji w budownictwie jaką jest funkcja kierownika budowy. Dostrzec należy, iż objęcie oraz zakończenie pełnienia funkcji kierownika budowy łączy się z formalnościami w postaci wpisu do Dziennika Budowy oraz zgłoszenia do właściwego organu nadzoru budowlanego. Jednocześnie każda zmiana kierownika budowy bez względu na przyczynę (rezygnacja, zwolnienie kierownika budowy z pełnionej funkcji) musi zostać odnotowana w Dzienniku Budowy oraz zgłoszona organowi nadzoru budowlanego. Skoro zatem w niniejszej sprawie nie było sporne, że p. M. Sz. w dniu 1 lutego 2006 r. objął funkcję kierownika budowy na referencyjnym zadaniu, a rezygnacja z pełnienia ww. funkcji nastąpiła w dniu 19.10.2007 r., co potwierdzają stosowne wpisy w Dzienniku Budowy, to nie sposób uznać, że w ww. okresie p. M. Sz. nie prowadził w sposób nieprzerwany przez min. 6 miesięcy roboty budowlanej dotyczącej Budowy Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu. Inaczej rzecz ujmując, skoro bezsporne było, że w ww. okresie nie doszło do zmiany na stanowisku kierownika budowy podczas realizacji przedmiotowego zadania inwestycyjnego, której towarzyszą określone przez przepisy prawa wymogi formalne, to uznać należy, iż p. M. Sz. pełnił funkcję kierownika budowy w sposób ciągły w okresie od 1 lutego 2006 r. do 19 października 2007 r., prowadząc tym samym nieprzerwanie ww. robotę

budowlaną, a okoliczności tej nie negują usprawiedliwione nieobecności w pracy p. Sz.

Co więcej, stanowiska Izby nie zmieniały akcentowane przez Odwołującego wpisy w Dzienniku Budowy dotyczące referencyjnego zadania, z których wynika, iż w czasie nieobecności p. Sz. jego obowiązki przejmował jako kierownik budowy p. A. Sz.. Jak już wskazano powyżej objęcie i zakończenie pełnienia funkcji kierownika budowy wiąże się z opisanymi wyżej formalnościami w postaci wpisu do Dziennika Budowy oraz zgłoszenia do właściwego organu nadzoru budowlanego. Skoro w okresie od 1 lutego 2006 r. p. M. Sz. pełnił funkcję kierownika budowy, bowiem został zgłoszony do właściwego organu nadzoru budowlanego, a którą zakończył z dniem 19 października 2007 r. w wyniku rezygnacji, to p. A. Sz. w czasie nieobecności kierownika budowy (p. M. Sz.) nie mógł podejmować żadnych samodzielnych decyzji, a jedynie - jak wyjaśnił Przystępujący - zapewniał kontynuację rozpoczętych prac. Podkreślenia wymaga, iż sam Odwołujący argumentował, że nie jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa ustanowienie więcej niż jednego kierownika budowy. Odwołujący pominął jednak kwestie formalnoprawne warunkujące moment rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji kierownika budowy, w szczególności nie twierdził, że w okresie od 1 lutego 2006 r. do 19 października 2007 r. doszło do przewidzianej przepisami prawa zmiany na stanowisku kierownika budowy. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do treści wpisów w Dzienniku Budowy twierdząc, że roboty budowlane były prowadzone przez p. M. Sz. albo p. A. Szumińskiego, a w konsekwencji, że w okresach, gdy budowa była prowadzona przez p. A. Szumińskiego następowały przerwy w prowadzeniu robót przez p. M. Sz., abstrahując od kwestii dopuszczalności podejmowania samodzielnych decyzji przez p. A. Sz., który nie został zgłoszony do właściwego organu nadzoru budowlanego jako osoba obejmująca funkcję kierownika budowy.

W końcu Izba wskazuje, iż gdyby nawet uznać, że omawiany warunek udziału w postępowaniu mógł budzić wątpliwości interpretacyjne, to należy przypomnieć, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie wątpliwości w zakresie treści SWZ nie mogą obciążać wykonawców i być interpretowane na ich niekorzyść. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy takie wątpliwości nie wystąpiły, a sposób rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu przyjęty przez Odwołującego został stworzony na potrzeby niniejszego sporu odwoławczego.

Bez znaczenia dla oceny spełnienia przez Konsorcjum NDI omawianego warunku udziału w postępowaniu była okoliczność dotycząca 2-miesięcznego przesunięcia rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. Sz. przy niewątpliwie 21- miesięcznym nieprzerwanym doświadczeniu w prowadzeniu referencyjnego zadania. Powyższa okoliczność w żaden sposób nie rzutowała na spełnienie przez Przystępującego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w rozdziale IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ, a tym samym nie mogła być uznana za wprowadzającą Zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania, rażącego niedbalstwa, lekkomyślności czy niedbalstwa. W okolicznościach sprawy wymaga podkreślenia, że mimo, iż wypełniając wykaz osób Konsorcjum NDI oparto się na odtworzonych przez p. Sz. okolicznościach związanych z zatrudnieniem w spółce Energopol-Szczecin S.A.

i zapewnieniach dotyczących okresu pełnienia funkcji kierownika budowy na zadaniu pn. Budowa Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu w okresie od 4.2006 r. - 12.2007 r., to Przystępujący (NDI S.A. - lider) podjął działania mające na celu weryfikację okresu pełnienia funkcji kierownika budowy przez p. Sz.. Jak wykazał Przystępujący, na etapie przygotowania oferty na realizację innego zadania zwrócił się do Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego (inwestora) o udzielenie informacji dotyczącej okresu sprawowania przez p. M. Sz. funkcji kierownika budowy. Pismem z dnia 9 lipca 2021 r. Przystępujący uzyskał jednak informację, że z uwagi na upływ okresu archiwizacji nie jest możliwe wskazanie dat rozpoczęcia i zakończenia pełnienia funkcji przez p. Sz. na ww. zadaniu.

Podsumowując powyższe rozważania, w ocenie Izby, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że p. Sz. nie prowadził przez nieprzerwany okres co najmniej 6 miesięcy roboty budowlanej dotyczącej Budowy Nabrzeża MP 77 w Porcie Wojennym w Świnoujściu, skoro niewątpliwie kierował ww. robotą budowlaną w okresie od 1 lutego 2006 r. do 19 października 2007 r. Okoliczności tej nie podważają usprawiedliwione nieobecności w pracy p. M. Sz., jak również to, że w czasie nieobecności był on zastępowany przez osobę, która nie pełniła na referencyjnym zadaniu funkcji kierownika budowy w ww. przedziale czasowym. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Konsorcjum NDI wykazało, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ. Brak było zatem podstaw do zastosowania wobec Wykonawcy procedury określonej art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp. W konsekwencji brak było też podstaw do uznania, że Konsorcjum NDI wprowadziło Zamawiającego w błąd co do spełnienia kwestionowanego wymogu dotyczącego prowadzenia nieprzerwanie roboty budowlanej przez co najmniej 6 miesięcy przez kierownika budowy.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 116 ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, pomimo że wykonawca ten nie posiada wymaganych zdolności do realizacji zamówienia z uwagi na zaangażowanie zasobów technicznych w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy, co może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia oraz jednocześnie wprowadzenie w błąd Zamawiającego co do możliwości zaangażowania p. M. Sz. w realizację zamówienia.

Przedmiotem sporu była ocena przedstawionego przez Przystępującego zasobu osobowego w postaci p. M. Sz. dedykowanego do pełnienia funkcji kierownika budowy w świetle art. 116 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego zaangażowanie p. M. Sz. w inne przedsięwzięcia gospodarcze uniemożliwia realne pełnienie funkcji kierownika budowy w ramach przedmiotowej inwestycji.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Z analizy ww. przepisu wynika, że zamawiający na każdym etapie postępowania uprawniony jest zakwestionować zdolności techniczne lub zawodowe wykonawcy jeśli ma on sprzeczne interesy mogące mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Celem przepisu jest zapobieganie sytuacjom sprzeczności interesów po stronie wykonawcy, jak również wykazanie zdolności do dysponowania potencjałem niezbędnym do należytej realizacji zamówienia publicznego. Jak wskazano w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r. sygn. akt: KIO 105/20, zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów: „Aby wskazany cel został osiągnięty, stosowanie tej normy nie może opierać się na przesłankach formalnych i powodować jakiegokolwiek automatyzmu prowadzącego z jednej strony do bezrefleksyjnego uznawania warunków udziału w postępowaniu za spełnione, ale z drugiej strony - do wykluczania wykonawców w każdym przypadku ustalenia, że posłużył się on takim samym potencjałem w innym postępowaniu, bez względu na rzeczywisty wpływ takiej sytuacji na dostępność tego potencjału przy realizacji umowy.” Jako przykład sprzecznych interesów ustawodawca wskazał zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy. Tym samym chodzi o takie sytuacje, w których wykonawca z uwagi na sprzeczność interesów nie kieruje dostępnymi mu zasobami technicznymi lub zawodowymi do realizacji danego zamówienia publicznego, tylko mając na uwadze własny interes motywowany np. perspektywą uzyskania wyższego wynagrodzenia z tytułu realizacji innego kontraktu, czy też korzystniejszej współpracy z innym klientem, angażuje je w inne zadania inwestycyjne, co z kolei wpłynęłoby w sposób niekorzystny na realizację zamówienia publicznego.

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż poza sporem było, że p. M. Sz. oświadczeniem z dnia 6 maja 2022 r. zobowiązał się do pełnienia funkcji kierownika budowy przedmiotowej inwestycji, przez okres jego realizacji, na podstawie odrębnej umowy, co dodatkowo potwierdził oświadczeniem z dnia 22 sierpnia 2022 r. Przystępujący nie kwestionował twierdzeń Odwołującego, który przedstawił listę przedsięwzięć budowlanych (4 inwestycje), w realizacji których zaangażowany jest obecnie p. M. Sz., pełniąc funkcję kierownika budowy, inspektora nadzoru czy inżyniera rezydenta, co należało uznać za okoliczność przyznaną i potwierdzoną dowodami złożonymi przez Odwołującego. Jednocześnie podkreślić należy, iż Odwołujący nie twierdził w toku rozprawy, że to wykonawca Konsorcjum NDI realizuje ww. zadania inwestycyjne, w których uczestniczy jednocześnie p. M. Sz.. Jedynie w przypadku inwestycji dotyczącej Baltic Pipe Odwołujący wskazał w odwołaniu, że „z informacji dostępnych Odwołującemu wynika, że wykonawcą tych robót jest NDI”, przy czym wbrew regule określonej art. 534 ust. 1 ustawy Pzp okoliczność ta nie została udowodniona. W szczególności stanowiska Odwołującego nie potwierdza korespondencja elektroniczna z dnia 23 sierpnia 2022 r. (załącznik nr 10 do pisma procesowego STRABAG z dnia 24 sierpnia 2022 r.) wskazująca jedynie, iż p. M. Sz. zaangażowany jest w kontrakt Baltic Pipe jako inspektor nadzoru robót hydrotechnicznych.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Izba doszła do przekonania, że nie sposób stwierdzić, iż zaistniała przesłanka z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp, prowadząca do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX.2.4) lit. D. lit a) SWZ, czy tym bardziej, że przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum NDI posiada sprzeczne interesy mogące mieć negatywny wpływ na realizację niniejszego zamówienia publicznego, w tym polegające na zaangażowaniu zasobów osobowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy. W ocenie Izby Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego

uznał, iż Przystępujący - potencjalny wykonawca przedmiotowego zamówienia miałby postępować nielojalnie czy sprzecznie z interesem Zamawiającego oraz na czym takie działanie miałyby polegać, co z kolei mogłoby zagrozić realizacji przedmiotowego zamówienia. Co istotne, kwestia sprzecznych interesów nie została w ogóle podniesiona przez Odwołującego, który postawiony zarzut oparł na okoliczności zaangażowania osoby dedykowanej przez Przystępującego do pełnienia funkcji kierownika budowy w inne zadania inwestycyjne, w których Konsorcjum NDI nie występuje jako wykonawca, a bynajmniej taka okoliczność nie została przez Odwołującego udowodniona. Tym samym w realiach rozpoznawanej sprawy nie sposób uznać, że zasoby osobowe Konsorcjum NDI dotyczące p. M. Sz. są zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy - Przystępującego oraz że jako takie mogą zagrażać wykonaniu przedmiotowego zamówienia.

W świetle powyższego za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego przy odwołaniu, tj. załączniki nr 6 - 8, przy piśmie procesowym z dnia 24 sierpnia 2022 r., tj. załączniki nr 3 - 10 oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2018/S 144-330493 dotyczące innego postępowania.

Podsumowując powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący nie posiada wymaganego przez Zamawiającego potencjału osobowego dotyczącego kierownika budowy niezbędnego do realizacji zamówienia z uwagi na sprzeczność interesów Wykonawcy. W tej sytuacji tym bardziej bezpodstawne jest twierdzenie o zaistnieniu przesłanek wykluczenia Przystępującego z postępowania określonych art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NDI.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b oraz d w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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: