

WYROK

z dnia 18 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez wykonawcę ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu przy udziale wykonawcy Elektroteg Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie zakresie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie, że wskazane przez wykonawcę Elektroteg Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy roboty w kryterium „Doświadczenie kierownika robót elektrycznych” dla zadania 5 zawartych w załączniku nr 2.2.D nie spełniają wymogów wynikających z punktu 21.4.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia skutkujących możliwością przyznania punktów w tym kryterium;

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. Kosztami postępowania obciąża w części 6/8 Odwołującego i w części 2/8 Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania Odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł (pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa - Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2022r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Bieżące utrzymanie dróg krajowych nr 36,94 i S5 administrowanych przez Rejon w Wołowie w latach 2022-2025 z podziałem na zadanie: Zadanie 5 - Utrzymanie urządzeń elektroenergetycznych, sygnalizacji oraz oświetlenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 035-089182.

W dniu 3 października 2022r. wykonawca - ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art.16 ust. 1, 2 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 239 Pzp poprzez wybór oferty Elektroteg sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy (dalej: „Elektroteg” lub „Przystępujący”) , pomimo, że doświadczenie wykonawcy w zakresie dodatkowej punkcji za doświadczenie Kierownika robót elektrycznych nie powinno zostać uznane,

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Elektroteg z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu czy też naliczeniu punktów w zakresie referencji co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;

3) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków

udziału w postępowaniu czy też naliczeniu punktów w zakresie referencji co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczenia z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.

6) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez nie żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych.

7) art. 239 ust. 1 i 2 poprzez nie wybranie oferty najkorzystniejszej i naliczenie punktów za doświadczenie mimo, że oferent Przystępującego nie posiadał niezbędnego doświadczenia w zakresie referencji Kierownika robót elektrycznych.

8) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 i art. 116 ust. 1 Pzp poprzez niezgodne ze stanem faktycznym naliczenie punktacji nie odpowiadającej rzeczywistemu doświadczeniu Przystępującego i wybór tejże oferty.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego,

II. ewentualnie odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z SWZ i wykluczenie Wykonawcy, względnie wezwanie go do uzupełnienia, poprawienia środków dowodowych,

III. powtórzenia czynności badania ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybrał Elektroteg przyznając punkty za doświadczenie kierownika robót elektrycznych wskazanych w formularzu 2.2.D w zakresie 2 zadań:

- Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S5 Poznań - Wrocław;
- „Roboty budowlane polegające na budowie sygnalizacji świetlnej w obrębie skrzyżowania ul. Wrocławskiej oraz ul. Wiejskiej w miejscowości Długoleka, Gmina Długoleka”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 21.4.2. IDW ustalił jako jedno z kryteriów oceny ofert kryterium „Doświadczenie Kierownika robót elektrycznych” o wadze 20%. Zamawiający ustalił, że Kryterium „Doświadczenie Kierownika robót elektrycznych” dla Zadania 5 będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika robót drogowych podanego przez Wykonawcę na Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.D). Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika robót drogowych osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w pkt 8.2.4.3.8)c) Tom I SIWZ - IDW tj. większe niż 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego, Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów:

- za dodatkowe doświadczenie, ponad wymagane w 8.2.4.3.6)b) Tom I SIWZ - IDW tj. za dodatkowe 2 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy

realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub

przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego - 10 pkt,

- za dodatkowe doświadczenie, ponad wymagane w 8.2.4.3.6)b) Tom I SIWZ - IDW tj. za dodatkowe 4 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego - 20 pkt.

Odwołujący odnosząc się do wskazanego w formularzu 2.2.D zadania pn. Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S5 Poznań-Wrocław na odcinku Korzeńsko (bez węzła) - Węzeł Widawa Wrocław, (...) wskazał, że funkcja kierownika robót wymaga spełnienia określonych wymogów żeby można było mówić o doświadczeniu w tym zakresie. Prawo budowlane jednoznacznie wskazuje, że funkcje kierownika robót (w tym wypadku elektrycznych) wymagają wykonywania określonych obowiązków. Podstawowe prawa i obowiązki przyznane kierownikowi robót (budowlanych, elektrycznych etc.) są tożsame z prawami i obowiązkami przyznanymi dla kierownika budowy. Wskazuje na to przepis art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej: „Prawo budowlane”), który stwierdza, że przepisy ust. 1 oraz art. 22 i art. 23 stosuje się odpowiednio do kierownika robót. Oznacza to, że jeśli dana osoba chciałaby wykazywać się doświadczeniem kierownika robót to powinna spełniać wszystkie obowiązki w zakresie prac, które wykonywała. Podstawowe prawa i obowiązki przyznane kierownikowi robót budowlanych są tożsame z prawami i obowiązkami przyznanymi dla kierownika budowy. Według Odwołującego skoro Zamawiający oczekiwał określonego doświadczenia, w żadnym wypadku nie można stwierdzić, że Przystępujący posiada kierownika z 6 letnim doświadczeniem w wyżej opisanym zakresie albowiem jak wskazał w załączonych referencjach - kierownik robót elektrycznych, T. G. figurował w dzienniku budowy jako kierownik robót ale z zakresu robót instalacyjnych sieci energetycznej średniego i niskiego napięcia i to wyłącznie przez 2 miesiące tj. od dnia 30.03.2015r. do 26.05.2015r. Odwołujący odnosząc się do pisma z dnia 5 sierpnia 2022r., w którym Przystępujący stwierdził, że wpisów dokonywał w miejsce T. G. - kierownik budowy P. A. wyjaśnił, że w ramach swojego zakresu wpisy w dzienniku budowy powinien dokonywać kierownik robót danego zakresu. Skoro więc wpisów nie dokonywał T.G., to zdaniem Odwołującego nie posiada on doświadczenia jako kierownik robót z zakresu oświetlenia drogowego. Według Odwołującego, w świetle pisma z dnia 17 sierpnia 2022r. z GDDKiA kierownikiem robót elektrycznych na przedmiotowym zadaniu był P. A., który wbrew twierdzeniom Przystępującego nie był kierownikiem budowy. Z pisma inwestora wynika zatem jednoznacznie, że p. T. G. nie był kierownikiem robót w zakresie robót instalacyjnych oświetlenia drogowego.

Odnosząc się do zadania nr 2 wskazanego przez Przystępującego w formularzu 2.2.D Odwołujący wskazał, że Przystępujący przedstawił referencję, w której kierownik robót T. G. de facto nie wykonywał prac polegających na sprawowaniu funkcji kierownika robót skoro takich robót nie było w podanym przedziale czasu. Nie można w żadnym wypadku mówić, że w danym okresie 60 miesięcy były prowadzone roboty elektryczne albowiem miały miejsce jednorazowe naprawy dotyczące głównie malowania słupów a zatem nie można mówić o doświadczeniu jako kierownika robót elektrycznych. Żaden z przedstawionych dokumentów nie potwierdza prowadzenia prac a tylko zawarcie umowy w 28.10.2015r. polegające na budowie sygnalizacji świetlnej nr. RI-ZP 272-23.2015. Odwołujący wskazał, że umowa o wykonanie robót budowlanych trwała tylko jeden miesiąc a po zakończeniu

przedmiotowej umowy były wykonywane wyłącznie prace w ramach rękopisów i gwarancji. Protokoły dotyczą tylko i wyłącznie prac jednorazowych i nigdzie nie zostało wykazane, że została zawarta umowa na prowadzenie prac utrzymania oświetlenia drogowego gdzie doświadczenie mógł nabyć kierownik robót elektrycznych w ściśle określonym zakresie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Odnosząc się do zadania numer 1 i podniesionych zarzutów wskazał, że w jego ocenie fakt braku wpisu danej osoby w Dzienniku Budowy nie przesądza automatycznie, że osoba taka, mimo że formalnie nie jest wpisana do Dziennika Budowy, a w rzeczywistości wykonująca danego rodzaju czynności, nie nabywa doświadczenia w związku z wykonywanymi czynnościami. Doświadczenie nabywa się przez faktyczne wykonywanie przez daną osobę, danego rodzaju czynności, a możliwość udokumentowania i udowodnienia nabycia doświadczenia jest kwestią wtórną.

Wskazał, że w niniejszym przypadku faktyczne wykonywanie funkcji KRE związanych z budową oświetlenia drogowego przez p. T. G., mimo braku wpisu takiej osoby w Dzienniku Budowy jako KRE w trakcie realizacji inwestycji budowy S-5, potwierdzają:

1) oświadczenie wykonawcy oraz

2) dokumenty złożone przez wykonawcę, którymi są oświadczenia wykonawców i

podwykonawców realizujących zadania. I tak:

I. dla zadania 1 - zadanie wykazywane celem oceny ofert w kryterium oceny ofert (S5 zadanie 2 i 3) - pełnienie funkcji KRE przez p. T. G. dla robót związanych z budową

oświetlenia drogowego na zadaniu potwierdzają oświadczenia złożone przez:

- DRAGADOS S.A. Oddział w Polsce (generalny wykonawca zadania) - oświadczenie z dnia 21 marca 2022 r.

- Zakład Instalatorstwa Elektrycznego K. M. (podwykonawca) - oświadczenie z dnia 22 lutego 2022 r.

II. dla zadania 4 - zadanie wykazywane celem oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (S-5 zadanie 2) - pełnienie funkcji KRE przez p. T. G. dla robót związanych z budową oświetlenia drogowego na zadaniu potwierdza oświadczenia złożone przez firmę POLAQUA sp. z o.o. (podwykonawcę DRAGADOS S.A. Oddział w Polsce) - oświadczenie z dnia 5.08.2022 r.

III. dla zadania 5 - zadanie wykazywane celem oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu (S-5 zadanie 1) - pełnienie funkcji KRE przez p. T. G. dla robót związanych z budową oświetlenia drogowego na zadaniu potwierdza oświadczenia złożone przez firmę Zakład Instalatorstwa Elektrycznego K. M. (podwykonawca Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o.) - oświadczenie z dnia 22.02.2022 r.

Stąd też, mimo iż osoba p. T. G. nie figuruje w Dziennikach Budowy drogi ekspresowej S - 5 jako osoba pełniąca funkcję KRE, Zamawiający na podstawie oświadczeń uczestników procesu inwestycyjnego, uznał że wykonawca wykazał za pomocą innych dokumentów fakt posiadania przez tę osobę doświadczenia zawodowego na stanowisku KRE na zadaniu polegającym na budowie oświetlenia drogowego. Z uwagi na wpływ znacznego okresu czasu od zakończenia budowy drogi ekspresowej S- 5, Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować na podstawie posiadanych dokumentów czy p. G. pełnił funkcję KRE, jednakże nie ma też podstaw do tego by kwestionować treść oświadczeń składanych przez podmioty uczestniczące w procesie inwestycyjnym w charakterze generalnego wykonawcy lub podwykonawcy, potwierdzających pełnienie przez p. G. takiej funkcji.

Zamawiający wskazał, że nawet w sytuacji, gdyby skład orzekający nie przychylił się do przedstawionego powyżej stanowiska, to okoliczność ta nie ma wpływu na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej z uwagi na wskazanie przez wykonawcę w formularzu 2.2.D dodatkowego zadania, które potwierdza spełnianie wymagań zamawiającego i uzasadnia przyznanie temu wykonawcy 20 punktów w kryterium oceny ofert. Przystępujący wskazał bowiem w formularzu 2.2.D także - Zadanie 2 (zadanie Długoleśka) - zadanie wykazywane celem oceny ofert w kryterium oceny ofert.

Zamawiający na podstawie informacji wynikających z nw. dokumentów:

1. formularz 2.2.d złożony przez ELEKTROTEG sp. z o.o.,

2. wyjaśnienia ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 21.04.2022 r.,
3. wyjaśnienia ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 26.04.2022 r.,
4. odwołaniu ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 22.07.2022 r.,
5. wyjaśnienia i dokumenty przedłożone w ramach ponownej oceny ofert

(poświadczenie wystawione przez Inspektora UG Długoleka p. E. G., kopie Dziennika Budowy oraz protokoły odbiorów),

6. informacja z Gminy Długoleka z dnia 1.09.2022 r.

uznał, że p. T. G. pełnił w okresie od dnia 28.10.2015 r. do dnia 28.11.2020 r. (a więc ponad 4 lata) funkcję KRE na zadaniu, które polegało na remoncie i utrzymaniu oświetlenia drogowego. Zakres prac wykonanych w ramach realizacji ww. zadania potwierdzają informacje wynikające z poświadczenia wystawionego przez inspektora Urzędu Gminy p. E. G. oraz z pisma Kierownika Wydziału Remontów i Inwestycji Gminy Długoleka, z których to dokumentów jednoznacznie wynika, że zadanie obejmowało remont oświetlenia drogowego, a spółka Elektroteg konserwowała i eksploatowała sygnalizację oraz oświetlenie drogowe przez okres 60 miesięcy. Z poświadczenia wynika także, że p. T. G. pełnił na tym zadaniu funkcję kierownika robót elektrycznych. Ponadto osoba ta dokonywała wpisów do Dziennika Budowy (Dziennika konserwacji i remontu) założonego dla zadania Konserwacja i remont sygnalizacji świetlnej oraz oświetlenia w obrębie skrzyżowania ul. Wrocławskiej i Wiejskiej w Długoleku, a fakt pełnienia przez p. T. G. funkcji kierownika robót, mimo braku takich informacji w Dzienniku Budowy (brak wskazania funkcji osoby dokonującej wpisów), potwierdzają zapisy protokołów odbioru, w których p. T. G. określany jest jako kierownik robót.

Zamawiający podkreślił, że zarówno w opisie warunku, jak i opisie kryterium oceny ofert dopuścił możliwość wykazania się przez KRE pracami polegającymi na utrzymaniu oświetlenia. Tego typu prace, w przeciwieństwie do prac polegających na budowie oświetlenia, polegają na wykonywaniu określonych czynności, które nie mają charakteru ciągłego, ale cyklicznego (np. przeglądy) oraz doraźny, jednorazowy w zależności od potrzeb (np. usuwanie awarii). Stąd zarzut Odwołującego o braku możliwości nabycia doświadczenia przez KRE z uwagi na jednorazowy charakter podejmowanych działań nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem na tym właśnie polega specyfika prac utrzymaniowych, a taki rodzaj prac dopuścił zamawiający w opisie kryterium oceny ofert.

Według Zamawiającego, zadanie „Długoleka” uzasadniało przyznanie ofercie Przystępującego maksymalnej liczby punktów w kryterium oceny ofert (20 pkt), niezależnie od możliwości przyznania takiej samej liczby punktów za zadanie nr 1.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego co do zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, gdyż w jego opinii odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przystępujący wywodził, że podtrzymuje twierdzenie, że o naruszeniu przez Zamawiającego m.in.:

1) art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo podania przez niego nieprawdy w ofercie w zakresie doświadczenia Pana T. G. na projektach wymienionych w formularzu 2.2.D

2) art. 239 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyznanie Przystępującemu 10 pkt w

kryterium doświadczenie kierownika robót elektrycznych - Odwołujący dowiedział się w dniu 12.07.2022 r. z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, gdzie Zamawiający szczegółowo opisał za jakie doświadczenie przyznaje punkty Przystępującemu, a za jakie nie i z jakich przyczyn odmawia przyznania tych punktów.

Analiza zarzutów odwołania wskazuje, że każdy z nich dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego o których wiedzę Odwołujący powziął w dniu 12.07.2022 r., a nie w dniu 21.09.2022 r. (2 wybór oferty najkorzystniejszej), jak błędnie Odwołujący podnosi.

W odniesieniu do projektu „Długoleka” dodać należy, że wprowadzie przy pierwszym wyborze Zamawiający nie przyznał punktów za to doświadczenie, jednakże równocześnie nie stwierdził, że w odniesieniu do oświadczeń Przystępującego do tego projektu, zawartych w ofercie, nie można mówić o podaniu nieprawdy i zastosowaniu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Jeżeli zatem Odwołujący uznawał, że Zamawiający naruszył ww. przepisy nie wykluczając Przystępującego to już wtedy winien był formułować stosowne zarzuty.

Ponadto, zdaniem Przystępującego po pierwszym wyborze oferty Odwołujący miał interes w złożeniu odwołania w zakresie oceny oferty Przystępującego.

Wskazać należy, że po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej, to oferta obecnego Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że wykładnia art. 515 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, musi na wszelki wypadek wnieść odwołanie na czynność zaniechania odrzucenia oferty swojego konkurenta tylko po to, by nie ryzykować, że w razie zmiany decyzji Zamawiającego, jego późniejsze odwołanie zostanie uznane za spóźnione. Środki ochrony prawnej służą ochronie interesów wykonawców uczestniczących w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych i powinny być wykorzystywane wtedy, gdy w ocenie danego wykonawcy rzeczywiście doszło do naruszenia przepisów Pzp i naruszenia jego praw. Wykonawca nie powinien być natomiast zmuszany do korzystania z tych środków w sytuacji, gdy jego pozycja w postępowaniu jest dla niego obiektywnie korzystna, a jedynie zakładając możliwość zmian, jakie mogą nastąpić w postępowaniu, wnosi on odwołanie na czynności bądź zaniechania dotyczące jego konkurentów (ponosząc przy tym także koszty finansowe), mimo że w tym konkretnym momencie postępowania nie ma to wpływu na jego pozycję w postępowaniu. Dokonywanie zatem wykładni art. 515 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp w sposób wymuszający na wykonawcach, których oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, wnoszenie odwołań „na wszelki wypadek”, jest sprzeczne z celem, dla jakiego ustawodawca przewidział opisane w ustawie środki ochrony prawnej. W związku z powyższym Izba oddaliła wnioszek Przystępującego o odrzucenie odwołania.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Elektroteg Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebnicy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w punkcie 21.4.2. SWZ ustalił jako jedno z kryteriów oceny ofert w zadaniu nr 5 kryterium „Doświadczenie Kierownika robót elektrycznych” - waga 20%,

wskazując, że będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko Kierownika robót drogowych podanego przez Wykonawcę na Formularzu „Kryteria pozacenowe” (Formularz 2.2.D). Za skierowanie do pełnienia funkcji Kierownika

robót drogowych osoby posiadającej większe doświadczenie niż wymagane w pkt 8.2.4.3.8) c) Tom I SIWZ - IDW tj. większe niż 2 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika robót

elektrycznych przy realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego, Zamawiający przyzna następującą liczbę punktów:

- za dodatkowe doświadczenie, ponad wymagane w 8.2.4.3.6)b) Tom I SIWZ - IDW tj. za dodatkowe 2 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy

realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego - 10 pkt,

- za dodatkowe doświadczenie, ponad wymagane w 8.2.4.3.6)b) Tom I SIWZ - IDW

tj. za dodatkowe 4 lata doświadczenia na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego - 20 pkt.

Przystępujący w formularzu 2.2.D „Na potwierdzenie posiadania przez p. T. G. (imię i nazwisko) - Kierownika robót drogowych, skierowanego do wykonania niniejszego zamówienia, poza wykazanim w Formularzu 2.3.D doświadczeniem, zgodnie z opisem zawartym w pkt 21.4.2. IDW - Tom I SIWZ, przedstawiam informacje i oświadczam, że

osoba wskazana powyżej posiada 4 letnie doświadczenie ponad wskazane w Formularzu 2.3.D, na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy realizacji zadań na drogach klasy minimum GP obejmujących prace przy budowie lub przebudowie lub remoncie lub utrzymaniu oświetlenia drogowego tj.:

1) Nazwa zadania: Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S5

Zakres zadania: Roboty elektroenergetyczne związane z budową oświetlenia drogowego

Klasa drogi: S

Pełniona funkcja: Kierownik robót elektrycznych

Okres pełnienia funkcji: od 28.11.2014 r. do 31.01.2019

2) Zakres zadania: Budowa sygnalizacji świetlnej wraz z konserwacją oświetlenia

drogowego

Klasa drogi: G i GP

Pełniona funkcja: Kierownik robót elektrycznych

Okres pełnienia funkcji: od 28.10.2015r. do 28.11.2020".

W doprecyzowaniu stanowiącym odpowiedź na odwołanie wskazał zakres robót objętych ww. inwestycjami.

Izba zważyła:

Odnosząc się do pierwszej z inwestycji wskazanych przez Przystępującego w formularzu 2.2.D Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentów złożonych na rozprawie przez Przystępującego oraz dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym z oświadczeń złożonych przez:

1) DRAGADOS S.A. Oddział w Polsce (generalny wykonawca zadania) - oświadczenie z dnia 21 marca 2022 r. oraz z 10 października 2022r. złożonego na rozprawie,

2) Zakład Instalatorstwa Elektrycznego K. M. (podwykonawca) - oświadczenie z dnia 22 lutego 2022 r.

3) p. T. G. z 28 listopada 2014r.,

oraz z dokumentów:

4) protokołu z odbioru robót zanikowych dla linii kablowej z 11 lutego 2015r.,

5) protokołu przekazania terenu i placu budowy z 28 listopada 2014r.

Uwzględniając treść wyjaśnień Przystępującego oraz ww. dokumentów Izba uznała, że nie mogą one potwierdzać, że we wskazanym w formularzu 2.2.D okresie czasu p. T. G. pełnił funkcję Kierownika robót elektrycznych na tej inwestycji. Podkreślić należy, że pojęcia „kierownik robót”, „kierownik budowy”, są pojęciami, którym ustawa Prawo budowlane nadaje określone znaczenie. Jednoznacznie wskazuje to więc, że należy rozumieć je tak, jak jest to określone w Prawie budowlanym, a co za tym idzie nie ma wątpliwości co do tego, jak należy interpretować postanowienia SWZ dotyczące pojęć „kierownik robót”, „kierownik budowy”.

Kierownikiem budowy (robót) może być wyłącznie osoba fizyczna posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi. Kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego). Przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej, innej niż ta, którą posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności (art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego). Kierownikowi budowy i kierownikowi robót przysługują określone w prawie budowlanym prawa i obowiązki (art. 21 i 22 Prawa budowlanego).

W ocenie Izby użyte przez Zamawiającego sformułowanie „doświadczenie na stanowisku Kierownika robót elektrycznych przy realizacji zadań” było jednoznaczne i określało, że kierownik robót elektrycznych powinien wykazać się pełnieniem funkcji kierownika robót elektrycznych z uwzględnieniem przypisanych tej funkcji/stanowisku obowiązków, o których mowa w art. 22 Prawa budowlanego i następnych. W ocenie Izby uwzględniając treść kryterium zawartego w punkcie 21.4.2 SWZ nie było wystarczające posiadanie doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bez jednoczesnego pełnienia funkcji w rozumieniu Prawa budowlanego, a więc kierownik robót elektrycznych powinien dokonywać czynności wynikających z Prawa budowlanego w tym wpisów do Dziennika budowy. Interpretacja, że doświadczenie może być nabyte tylko na podstawie faktycznego wykonywania czynności „kierownika robót”, prowadziłaby zdaniem Izby do wypaczenia sensu istnienia samej ustawy Prawo budowlane, jak również zanegowania istniejących regulacji związanych z przebiegiem procesu budowlanego oraz z brakiem odpowiedzialności osób tj. „kierownika robót”, które nadzorują dane roboty budowlane w trakcie trwania budowy.

Podkreślić należy, że w postępowaniu Zamawiający wymagał doświadczenia na stanowisku kierownika robót elektrycznych, a więc pełnienie obowiązków kierownika robót w rozumieniu Prawa budowlanego, potwierdzone zostaje wpisaniem do Dziennika Budowy lub zgłoszeniem do Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w trakcie robót co wprost wynika z przepisów prawa budowlanego.

Ponadto wskazać należy zgodnie z art. 45 ust. 1 i 2 ustawy Prawo budowlane (w brzmieniu obowiązującym w okresie wykonywania przedmiotowego zadania), dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez właściwy organ. Natomiast przed rozpoczęciem robót budowlanych należy dokonać w dzienniku budowy wpisu osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Zauważyć ponadto należy, że zgodnie z art. 17 ustawy Prawo budowlane uczestnikami procesu budowlanego, w rozumieniu ustawy, są: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Zgodnie z art. 44 ww. ustawy w przypadku zmiany: kierownika budowy lub kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego, projektanta sprawującego nadzór autorski, inwestor dołącza do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków przez ww. osoby.

Konkludując wskazać należy, że pełnienie funkcji kierownika robót wiąże się zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy Prawo budowlane z dokonaniem (przed rozpoczęciem robót budowlanych) wymaganego wpisu w dzienniku budowy co do osób, którym zostało powierzone kierownictwo, nadzór i kontrola techniczna robót budowlanych. Osoby te są obowiązane potwierdzić podpisem przyjęcie powierzonych im funkcji. Tym samym brak takiego wpisu powoduje, że nie można skutecznie twierdzić, że taka osoba przy wykonywaniu danych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane przykładowo kierownikowi robót. Tym samym nie może powoływać się na doświadczenie zawodowe jako kierownika budowy czy robót.

W ocenie Izby również przedłożone przez Przystępującego dokumenty na rozprawie nie potwierdzają, że p. T. G. pełnił funkcję kierownika robót. Okoliczność, iż brał on udział w przebiegu inwestycji nie jest równoznaczna, że pełnił funkcję kierownika robót.

W konsekwencji w ocenie Izby brak wpisania p. T. G. do Dziennika budowy jako kierownika robót elektrycznych na zadaniu „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S5” wyklucza możliwość uznania jego dodatkowego doświadczenia punktowanego w ramach Kryterium „Doświadczenie kierownika robót elektrycznych”. Tym samym przyznanie przez Zamawiającego punktów w ww. kryterium za tą inwestycję było nieprawidłowe.

Izba stwierdziła, że również wskazane przez Przystępującego zadanie dotyczące „Budowy sygnalizacji świetlnej wraz z konserwacją oświetlenia drogowego” nie uprawniało Zamawiającego do przyznania dodatkowych punktów.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania w tym m.in. z:

1. wyjaśnienia ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 21.04.2022 r.,
3. wyjaśnienia ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 26.04.2022 r.,
4. odwołaniu ELEKTROTEG sp. z o.o. z dnia 22.07.2022 r.,
5. wyjaśnienia i dokumenty przedłożone w ramach ponownej oceny ofert (poświadczenie wystawione przez Inspektora UG Długoleka p. E. G., kopie Dziennika Budowy oraz protokoły odbiorów),
6. informacja z Gminy Długoleka z dnia 1.09.2022 r.

Izba stwierdziła, że w odniesieniu do powyższej inwestycji kluczowe znaczenie dla oceny doświadczenia p. T. G. na stanowisku kierownika robót elektrycznych ma umowa z dnia 28 października 2015r. nr RI-ZP 272-23.2015/416/2015. Zgodnie z § 2 ust. 1 „Strony ustalają, iż umowa realizowana będzie od dnia jej zawarcia tj. 28 października 2015r., a zakończenie prac nastąpi w terminie do 1 miesiąca od dnia podpisania umowy, tj. do dnia 28 listopada 2015r.”. Zgodnie z § 9 ust. 1 umowy „wykonawca na wykonane roboty budowlane,

dotyczące przedmiotu umowy udzieli 60-miesięcznej rękojmi i gwarancji”. Podkreślić należy, że zgodnie z protokołem odbioru końcowego z dnia 2 grudnia 2015r. komisja odbiorowa uznała roboty za zakończone bez wad. W ocenie Izby w tym dniu umowa została zakończona, a pan T. G. przestał pełnić funkcję kierownika robót elektrycznych na inwestycji. Nie można natomiast - jak chce tego Zamawiający i Przystępujący - uznać, że w okresie 60 miesięcy były prowadzone roboty elektryczne związane z zawartą umową. Izba stwierdziła, że w okresie 60-ciu miesięcy który wynikał w sposób niewątpliwą z § 9 ust. 1 umowy wykonywane były jedynie czynności związane z rękojmią i gwarancją, co jest spójne z datą założenia dziennika remontów i konserwacji, tj. grudzień 2015r. Powyższe potwierdza więc charakter wykonywanych czynności/napraw. Nie sposób natomiast uznać, że pojedyncze, wypadkowe naprawy, czy czynności utrzymaniowe umożliwiają zdobycie doświadczenia jako kierownik robót. W ocenie Izby charakter czynności związanych z procesem budowlanym i robotami ma charakter ciągły, trwający określoną ilość czasu. Natomiast jak wyżej wskazano, czynności z tytułu rękojmi czy gwarancji są pojedynczą, sporadyczną reakcją na zgłoszenie wady fizycznej czy prawnej danej rzeczy, czy usługi. Powyższe potwierdzają protokoły przedłożone przez Przystępującego Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 5 sierpnia 2022r. Ponadto zdaniem Izby okoliczności zajmowania stanowiska kierownika robót elektrycznych nie mogą potwierdzać wpisy zawarte w dzienniku remontów i konserwacji. W dzienniku tym nie zostało określone stanowisko zajmowane przez p. T. G., natomiast nie

można wykluczyć, że czynności te stanowiące wykonanie praw z tytułu rękojmi lub gwarancji, p. T. G. wykonywał jako pracownik Elektroteg zatrudniony na stanowisku elektryk, nie zaś jako kierownik robót elektrycznych. Izba stwierdziła również, że znajdujące się w aktach sprawy protokoły dotyczą tylko i wyłącznie prac jednorazowych i nigdzie nie zostało wykazane, że została zawarta umowa na prowadzenie prac utrzymania oświetlenia

drogowego gdzie doświadczenie mógł nabyć kierownik robót elektrycznych w ściśle określonym zakresie. Co istotne Odwołujący przedłożył umowę z 27 stycznia 2016r. nr

NI.2721.2.2016 zawartą przez Odwołującego z Województwem Dolnośląskim której przedmiotem było właśnie „Bieżące utrzymanie i konserwacja sygnalizacji świetlnej w ciągu byłej drogi krajowej nr 8 (odcinek Długoleka-Smardzów) utrzymywanych przez Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu.” Znamienne jest również to, że jak wynika z pisma pochodzącego od Gminy Długoleka z 1 września 2022r. od 10.10.2015r. zarządcą ul Wrocławskiej została właśnie DSDiK i to ten podmiot zlecił Odwołującemu, a nie Przystępującemu świadczenie usług utrzymaniowych.

W ocenie Izby powyższe okoliczności potwierdzają, że brak jest niebudzących wątpliwości okoliczności, na podstawie której możliwe jest ustalenie rzeczywistego doświadczenia p. T. G. na tej inwestycji. Powyższe zaś uniemożliwia przyznanie punktów Przystępującemu, co potwierdza naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 Pzp.

Izba za niezasługujące na uwzględnienie uznała zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczenia z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a więc złożona przez niego oferta powinna zostać odrzucona.
- art. 128 ust. 1 Pzp poprzez nie żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych.

Izba stwierdziła, że Odwołujący w odwołaniu poza przytoczeniem przepisów prawa, nie wskazał żadnych okoliczności stanowiących uzasadnienie postawionych zarzutów. Natomiast wskazać należy, że obowiązkiem wykonawców wnoszących odwołanie jest takie sformułowanie zarzutów, poprzez wskazanie konkretnej czynności Zamawiającego mającą zdaniem Odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia. Samo powołanie przepisu Pzp, który miałby naruszyć Zamawiający, nie tworzy zarzutu. Zarzut stanowi bowiem wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie Pzp oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego. Krajowa Izba Odwoławcza nie może zatem domniemywać treści wprost niewskazanych w zarzutach i żądaniach Odwołującego. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby sposób sformułowania przytoczonych wyżej zarzutów odwołania uniemożliwił Izbie ich rozpoznanie, co przyczyniło się do ich oddalenia.

Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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. Natomiast wykluczeniu, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, będą podlegać również wykonawcy, którzy zataili informacje o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji, a także wykonawcy, którzy nie są w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Wskazać należy, że aby Zamawiający mógł skutecznie wykluczyć wykonawcę z postępowania, musi zaistnieć przesłanka wprowadzenia go w błąd przy przedstawianiu informacji. Za wprowadzenie w błąd uznaje się natomiast wykreowanie u zamawiającego przekonania, że na skutek przedstawienia nieprawdziwej informacji, iż dane zdarzenie bądź okoliczność miało miejsce, podczas gdy w rzeczywistości tak nie było. W ocenie Izby w rozpoznawanym stanie faktycznym Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd, a tym bardziej nie podał informacji nieprawdziwych. Zamawiający w wyniku podjętych czynności miał pełną wiedzę co do inwestycji wskazanych przez tego wykonawcę w formularzu 2.2.D. Sytuacja natomiast, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił zgromadzone w postępowaniu dowody i dokumenty złożone przez Przystępującego w zakresie doświadczenia p. T. G. nie może skutkować uznaniem, że w postępowaniu zaistniały przesłanki umożliwiające wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie ww. przepisów.

Tym samym Izba wskazane wyżej zarzuty oddaliła jako niezasadne.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W rozpoznawanej sprawie Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 2/8 do 6/8.

Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 2/8 i Odwołującego w części 6/8.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości po 15 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, a więc łącznie 22 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 16 650 zł ($22\,200\text{ zł} \times 6/8$). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący :.....