

Sygn. akt: KIO 498/23

## WYROK

z dnia 8 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2023 r. przez wykonawcę G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G. P. z siedzibą w Szerokiem w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Opolski w Opolu Lubelskim

przy udziale wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Powiat Opolski w Opolu Lubelskim unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i odrzucenie oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Opolski w Opolu Lubelskim i:
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy zero złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od zamawiającego Powiat Opolski w Opolu Lubelskim na rzecz odwołującego MAX-BUD G. P. z siedzibą w Szerokiem kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 498/23

## Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Opolski w Opolu Lubelskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana pod nazwą „Utworzenie wojewódzkiego centrum opieki nad osobami starszymi poprzez budowę pawilonu szpitalnego Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Opolu Lubelskim” (znak: IGM.272.1.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00041613 z 18 stycznia 2023 r.. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 22 lutego 2023 r. wykonawca G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MAX-BUD G. P. z siedzibą w Szerokiem (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy SOLKAN S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „SOLKAN” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty SOLKAN w sytuacji, w której ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 SWZ, oraz
- (i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia tego warunku, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub

(ii) co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

2) naruszenie art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty SOLKAN, pomimo że ten wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 oraz

(i) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełnienia tego warunku, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub

(ii) co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty SOLKAN;
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SOLKAN;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał co następuje:

#### I. Uwagi ogólne oraz treść SWZ

Przedmiotem udzielanego przez Zamawiającego zamówienia jest robota budowlana polegająca na utworzeniu wojewódzkiego centrum opieki nad osobami starszymi poprzez budowę pawilonu szpitalnego Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Opolu Lubelskim. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 PZP.

W rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skierują do jego realizacji: min. jedną osobą (która będzie pełnić funkcję kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przez uprawnienia równoważne zamawiający uznaje uprawnienia pozwalające na kierowanie przedmiotową robotą budowlaną zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami i treścią wydanej decyzji o nadaniu uprawnień), a w przypadku Wykonawców zagranicznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję min. nieprzerwanie przez 12 miesięcy kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych, przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku o wartości minimum 10 000 000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

Zamawiający zawarł w SWZ także następującą informację: Wykonawca powinien w wykazie osób wyraźnie określić rodzaj i zakres uprawnień, rodzaj pełnionej funkcji oraz zakres

kierowanych robót, okres od dnia ... do dnia .... a także wartość inwestycji – aby można było ustalić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zgodnie z SWZ w prowadzonym postępowaniu zastosowanie znajdą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Tym samym Zamawiający wykluczy wykonawcę: 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 o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; 10) 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.

17 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty SOLKAN. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Uzasadnienie zarzutów naruszenia PZP:

SOLKAN nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 SWZ, a także – co najmniej w wyniku niedbalstwa – wprowadził Zmawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia ten warunek, co mogło mieć (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający powinien zatem odrzucić ofertę SOLKAN na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a), b) i c) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP.

Z udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów wynika, że w odpowiedzi na wezwanie z 6 lutego 2023 r. do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych 10 lutego 2023 r. SOLKAN przedstawił m. in. wykaz osób, w którym jako osobę, którą zamierza skierować do realizacji zamówienia do pełnienia funkcji kierownika budowy w branży konstrukcyjnobudowlanej, wskazał K. C.m . W wykazie osób SOLKAN oświadczył, że Konrad Cideł posiada doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót w ramach inwestycji pod nazwą „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowę części pomieszczeń w istniejącym budynku szkoły”,

15 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał SOLKAN m. in. do poprawienia wykazu osób w zakresie informacji wskazującej okres, w którym K. C. pełnił w ramach w/w inwestycji funkcję kierownika robót budowlanych (w złożonym wykazie SOLKAN wskazał, że miało to miejsce w okresie „10.2021-22.2022”). W odpowiedzi na to wezwanie 17 lutego 2023 r. SOLKAN złożył kolejną wersję wykazu osób, w którym oświadczył, że K. C. pełnił funkcję kierownika robót w okresie „10.2021 – 11.2022”.

17 lutego 2023 r. Zamawiający opublikował Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał: „Wybrany Wykonawca [SOLKAN] nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca spełnił warunku udziału opisane w rozdziale 6, pkt. 6.1.4 SWZ (...)”

Po udostępnieniu przez Zamawiającego kompletu dokumentów dotyczących oferty SOLKAN, w tym obydwu wersji wykazu osób oraz dotyczących tego wezwań i oświadczeń, Odwołujący zwrócił się do Gminy Trzebowniko, tj. zamawiającego w zakresie zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole (...)”, z prośbą o udzielenie informacji czy K. C., którego SOLKAN wskazał w wykazie osób, rzeczywiście pełnił w ramach tej inwestycji funkcję kierownika robót, a jeżeli tak, to w jakim okresie. W odpowiedzi Odwołujący uzyskał z Urzędu Gminy Trzebowniko informację, że K. C. nie pełnił w ramach zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole (...)” funkcji kierownika robót. Funkcje kierowników robót pełnili wyłącznie: M. W. – jako kierownik robót w branży konstrukcyjno-budowlanej (od 18 października 2021 r.), M. W. – jako kierownik robót w branży elektrycznej, J. W. – jako kierownik robót w branży sanitarnej Odwołujący uzyskał w tym zakresie dostęp do dziennika budowy tej inwestycji, który potwierdza te informacje.

SOLKAN nie wykazał zatem spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 SWZ, tj. warunku dysponowania osobą posiadającą odpowiednie uprawnienie i doświadczenie. K. C., którego SOLKAN wskazał w wykazie osób, nie pełnił funkcji kierownika robót budowlanych w ramach zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole (...)”. Tym samym Zamawiający nie powinien był uznać, że jest osobą która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję min. nieprzerwanie przez 12 miesięcy kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych, przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub 6 przebudowie budynku o wartości minimum 10 000 000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

Co istotne, w treści warunku udziału w postępowaniu dot. personelu Zamawiający wyraźnie wskazał, że oczekuje doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych i to przez okres co najmniej 12 miesięcy. Zamawiający nie dopuścił tym samym np. możliwości wykazywania doświadczenia w samym wykonywaniu czynności „takich jak” kierownik budowy lub kierownik robót budowlanych. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przy tak określonym warunku zamawiający powinien akceptować wyłącznie doświadczenie osób, którym dana samodzielna funkcja kierownika budowy lub kierownika robót (jako samodzielna funkcja techniczna w budownictwie) została powierzona zgodnie z zasadami prawa budowlanego (1 ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.

U. 1994.89.414 z późn. zm.); ; innymi słowy – osób, które zostały wpisane do dziennika budowy oraz zgłoszone do właściwego organu nadzoru.

Odwołujący przywołał następujące wyroki Izby: wyrok z 26 czerwca 2015 r., sygn. KIO 1271/15, wyrok z 30 sierpnia 2022 r., sygn. KIO 2115/22, wyrok z 28 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2647/19, wyrok z 28 lipca 2020 r., sygn. KIO 1599/20.

Powyższe stanowisko jest konsekwencją prawa budowlanego oraz przepisów wykonawczych do tej ustawy, tj. rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 6 września 2021 r. w sprawie sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki (Dz. U. z 2021 r. poz. 1686) (dalej jako „rozporządzenie ws. dziennika budowy”). Zgodnie z art. 45 ust. 2 prawa budowlanego (w brzmieniu właściwym dla okresu prowadzenia inwestycji, o której mowa w przedstawionych przez SOLKAN wykazach) dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania tych robót. Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 i 4 rozporządzenia ws. dziennika budowy:

2. Na pierwszej stronie dziennika inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub firmę wykonawcy albo wykonawców oraz imiona i nazwiska osób pełniących funkcje kierownika budowy lub kierownika robót oraz osób sprawujących nadzór autorski i inwestorski, a także ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków.

4. Jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku dokonuje się wpisu określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i osoby przejmującej obowiązki.

Z informacji i dokumentów, które Odwołujący uzyskał bezpośrednio od Gminy Trzebownik, wynika, że K. C. nie pełnił w ramach opisanej w wykazie inwestycji funkcji kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych. Zgodnie z wiedzą Odwołującego M. W., który jest wpisany na pierwszej stronie dziennika budowy jako kierownik robót w branży budowlanej, był jedyną osobą sprawującą tę funkcję w trakcie inwestycji, w tym w okresie, na który SOLKAN wskazał w wykazie osób - od października 2021 r. do listopada 2022 r.

Istotne jest także to, że przedstawiciele Urzędu Gminy Trzebownik, od których Odwołujący uzyskał powyższe informacje, nie potwierdzili, by K. C. wykonywał w jej ramach jakiegokolwiek czynności lub by występował w jakiegokolwiek funkcji lub roli. Mówiąc wprost – przedstawiciele Gminy Trzebownik stwierdzili, że nie znają takiej osoby.

Wskazując K. C. jako osobę, która zostanie skierowana do realizacji zamówienia na stanowisko kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej, SOLKAN nie wykazał zatem spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 7

ppkt 2 SWZ. Niezależnie od wystąpienia w stosunku do SOLKAN przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP (o czym niżej), należy przy tym zwrócić uwagę, że Zamawiający wzywał już SOLKAN do poprawienia wykazu osób, zaś w odpowiedzi na otrzymane wezwanie SOLKAN podtrzymał swoje oświadczenie dot. doświadczenia K. C. . Ze względu na wynikającą z art. 128 ust. 1 PZP i ugruntowanego w tym względzie orzecznictwa (także na tle art. 26 ust. 3 „starego PZP”) zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia/poprawienia dokumentu ponowna zmiana przez SOLKAN wykazu osób stanowiłoby naruszenie prawa.

Oświadczając w wykazie osób, że K. C. pełnił w ramach zadania „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole (...)” w okresie od października 2021 r. do listopada 2022 r. funkcję kierownika robót, a zatem że posiada wymagane przez Zamawiającego w treści warunku doświadczenie, SOLKAN wprowadził Zamawiającego w błąd, że spełnia warunek określony w rozdziale 6 pkt. 6.1.4 ppkt 2 SWZ. Podanie takich (wprowadzających w błąd) informacji mogło mieć przy tym (i miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego; kierując się złożonymi w tym zakresie oświadczeniami Zamawiający uznał, że SOLKAN wykazał spełnianie stosownego warunku udziału w postępowaniu oraz wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą. Zamawiający powinien był zatem uznać, że SOLKAN podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP.

Zgodnie z orzecznictwem KIO obowiązkiem wykonawcy jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę złożonej oferty. Wykonawca powinien w tym zakresie dochować należytej, przynależnej profesjonalistom staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu (zob. wyrok z 26 października 2020 r., sygn. KIO 2422/20). Dodatkowo „[w]zorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa w postępowaniu ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, bowiem mają one wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności.”( wyrok z 9 listopada 2021r., sygn. KIO 3066/21).

Odwołujący przywołał również następujące wyroki Izby : wyrok z 17 stycznia 2022 r., sygn. KIO 3712/21, wyrok z 14 marca 2022 r. KIO 449/22.

Niezależnie od mającego zastosowanie w każdym przypadku obowiązku należytej (starannej) weryfikacji przez wykonawców informacji przekazywanych zamawiającemu (w tym zwłaszcza takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tj. m. in. dotyczących kwalifikacji podmiotowej wykonawców), należy zwrócić uwagę, że zadanie „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w 8

Zaczerniu o przedszkole (...)” było realizowane na rzecz Gminy Trzebownik bezpośrednio przez SOLKAN.

SOLKAN, który powołał się na jego realizację także w wykazie robót, nie powinien zatem mieć jakichkolwiek trudności w ustaleniu kto w rzeczywistości pełnił na tym zadaniu funkcję kierownika robót budowlanych (M. W., a nie K. C.). Odwołujący, który nie miał wcześniej do czynienia z tą inwestycją, z łatwością zweryfikował te informacje w tym samym dniu, w którym Zamawiający udostępnił mu dokumentację prowadzonego postępowania. Uwagę zwraca przy tym to, że SOLKAN podał Zamawiającemu nieprawdziwą informację o pełnieniu przez K. C. funkcji kierownika robót budowlanych dwukrotnie: w pierwotnej treści wykazu, a następnie w poprawionym dokumencie. W ocenie Odwołującego wprowadzenie Zamawiającego przez SOLKAN w błąd poprzez podanie powyższych informacji było wynikiem co najmniej niedbalstwa lub rażącego niedbalstwa, a jako takie powinno być skutkowało zastosowaniem podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP. Jak wskazano chociażby w wyroku z 28 lipca 2020 r. (sygn. KIO 1599/20) „(...) odwołujący nie dokonując sprawdzenia informacji podanej w wykazie i ich własnej oceny, nie wykazał się oczekiwaną od profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego starannością przy przedstawieniu zamawiającemu informacji o doświadczeniu Pana K. D. Czynność odwołującego należało zakwalifikować, jako wypełniającą dyspozycję ww. przepisu, tj. jako lekkomyślność lub niedbalstwo, które wprowadziły zamawiającego w błąd i mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.”

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

SOLKAN S.A. z siedzibą w Rzeszowie, złożył do akt sprawy pisemne stanowisko.

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

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę SOLKAN S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania 9

Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Zgodnie z pkt 4.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest utworzenie wojewódzkiego centrum opieki nad osobami starszymi poprzez budowę pawilonu szpitalnego Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego w Opolu Lubelskim. Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej na budowę budynku szpitalnego Zakładu Opiekuńczo- Leczniczego dla 71 pacjentów (łóżek) na podstawie Programu funkcjonalno-użytkowego. Wykonanie robót budowlanych w ramach I etapu związanych z budową budynku dwukondygnacyjnego z poddaszem użytkowym połączonego z istniejącym pawilonem szpitalnym za pomocą nadwieszanego łącznika. Budowa obiektu o powierzchni użytkowej ok. 2240m<sup>2</sup> wyposażonego w instalacje wewnętrzne. Wykonanie przyłączy i instalacji zewnętrznych mediów, w tym z usunięciem kolizji uzbrojenia technicznego znajdujących się bezpośrednio w obszarze planowanej inwestycji. Wykonanie robót budowlanych, rozbiórkowych, modernizacyjnych i montażowych, instalacyjnych i wykończeniowych związanych z budową Pawilonu Szpitalnego.

W pkt 6.4.1. ppkt 2) SWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skierują do jego realizacji: min. jedną osobą (która będzie pełnił funkcję kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przez uprawnienia równoważne zamawiający uznaje uprawnienia pozwalające na kierowanie przedmiotową robotą budowlaną zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami i treścią wydanej decyzji o nadaniu uprawnień), a w przypadku Wykonawców zagranicznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję min. nie przerwanie przez 12 miesięcy kierownika budowy lub kierownika robót

budowlanych, przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku o wartości minimum 10 000 000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

W pkt 7.2 SWZ wskazano, że Zamawiający przewiduje podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust 1 pkt 1, 4, 5, 7-10 ustawy Pzp.

W pkt 8.3.1.b) SWZ wskazano natomiast, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 8 do

SWZ - w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. ppkt. 2) SWZ.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym Odwołującego i Przystępującego. W dniu 6 lutego 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym wykazu osób. Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w dniu 10 lutego 2022 r. wskazując w wykazie osób p. K. C., a jako jego doświadczenie „Roboty budowlane polegające na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowę części pomieszczeń w istniejącym budynku szkoły.”, przy których realizacji miał pełnić funkcję Kierownika robót. Zamawiający w dniu 15 lutego 2023 r. wezwał Przystępującego do poprawienia m.in. wykazu osób wskazując, że „Zamawiający, po analizie złożonego wykazu osób stwierdza, że ze złożonego dokumentu nie wynika, aby okres pełnienia funkcji kierownika robót na zadaniu inwestycyjnym polegającym na rozbudowie budynku Zespołu Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz ze zmianą sposobu użytkowania i przebudowę części pomieszczeń w istniejącym budynku szkoły, trwał nieprzerwanie minimum 12 miesięcy. Reasumując, złożony wykaz osób z ww.

powodów nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu ujętego w rozdziale 6.1.4 ppkt 2) SWZ, tym samym Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia wykazu osób o informację wskazującą, jaki był okres, w którym p. K. C. pełnił funkcje kierownika robót.” Przystępujący ponownie złożył wykaz robót w dniu 17 lutego 2023 r. Również w poprawionym wykazie wskazał jako osobę spełniającą warunek określony w pkt 6.1.4, ppkt. 2) SWZ p. K. C. i informując, iż pełnił on funkcję Kierownika robót przy realizacji ww. inwestycji w okresie od 10.2021-11.2022.

Zamawiający w dniu 17 lutego 2023 r. poinformował o wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Rozpoznając ww. zarzut w pierwszej kolejności konieczne było ustalenie treści warunku i skonfrontowanie jej z informacjami przekazanymi Zamawiającemu przez Przystępującego. Zamawiający zgodnie z pkt 6.4.1. ppkt 2) SWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują lub będą dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skierują do jego realizacji: min. jedną osobą (która będzie pełnił funkcję kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej) posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (przez uprawnienia równoważne zamawiający uznaje uprawnienia pozwalające na kierowanie przedmiotową robotą budowlaną zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami i treścią wydanej decyzji o nadaniu uprawnień), a w przypadku Wykonawców zagranicznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych, która w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję min. nie przerwani przez 12 miesięcy kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych, przy realizacji co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku o wartości minimum 10 000 000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych).

Wobec powyższego brzmienia warunku, Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający wymagał od wskazanej osoby wykazania się doświadczeniem w pełnieniu funkcji (...) kierownika budowy lub kierownika robót budowlanych, co oznacza w ocenie Izby, że doświadczenie to referuje do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy lub robót rozumianej jako pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, powierzonej zgodnie z zasadami prawa budowlanego, w tym uwidocznionej w dzienniku budowy. Izba, w 12

tym zakresie, podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez Odwołującego orzecznictwie. Skład orzekający, podziela również stanowisko wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Izby, że to osoby pełniące funkcje kierownika robót i kierownika budowy ustanowione w oparciu o przepisy prawa budowlanego kierują budową obiektu budowlanego zgodnie z projektem. Żadna inna osoba nie jest uprawniona do wykonywania takich czynności, a co za tym idzie - żadna inna osoba nie może nabywać doświadczenia w tym zakresie. Stanowisko Izby wynika z następujących regulacji prawa budowlanego (przepisy przywołane w brzmieniu obowiązującym w dacie wskazanej dla nabycia doświadczenia przez p. K. C.). Art. 17 ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. Prawo budowlanego (dalej „PB”, tj. z dnia 7 lipca 2020 r., określa uczestników procesu budowlanego i są nimi: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant oraz kierownik budowy lub kierownik robót. Dalej w art. 22 i 23 określono prawa i obowiązki Kierownika budowy. Natomiast zgodnie z art. 24 ust. 2 PB przepisy ust. 1 oraz stosuje się odpowiednio do kierownika robót. Powyższe oznacza, że kompetencje osób pełniących poszczególne funkcje, w tym kierownika robót, są zakreślone ustawą Prawo budowlane.

Również ustanowienie tych osób do pełnienia określonych funkcji zostało sformalizowane. Prawdą jest, jak twierdził Przystępujący, że zgodnie z art. 42 ust. 4 PB przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. Jednakże, Izba nie podziela wniosków jakie z powyższego przepisu wywodził Przystępujący. Przystępujący argumentował, że przepis ten nie mógł stanowić podstawy do obowiązkowego wpisu p. K. C. do Dziennika budowy, gdyż kierownik budowy posiadał tożsame przygotowanie zawodowe w tej samej specjalności tj. konstrukcyjno – budowlanej. W ocenie Izby, przepis ten oznacza, że jeżeli kierownik budowy posiada wymagane przygotowanie zawodowe w danej specjalności, inwestor nie ma obowiązku ustanawiać kierownika robót dla tej branży, gdyż wówczas obowiązki związane z kierowaniem robotami w danej branży może wykonywać kierownik budowy. W takiej sytuacji osoba pełniąca funkcje kierownika budowy, obok zadań przypisanych tej funkcji, wykonuje obowiązki, które wykonywałaby osoba sprawująca funkcję kierownika robót w danej branży. Kierowanie robotami w danej branży może zatem nastąpić w ramach funkcji kierownika budowy, który w tej sytuacji jednocześnie wykonuje obowiązki przypisane kierownikowi robót danej branży albo przez kierownika robót tej branży, który obowiązki swoje wykonuje w ramach odrębnej funkcji (por wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r.

KIO 611/20). Przepis ten nie wyłącza możliwości powołania kierowników robót posiadających uprawnienia w branży tożsamej z kierownikiem budowy – co też uczynił Przystępujący ustanawiając kierownikiem robót budowlanych p. M. W. przy „rozbudowie budynku Zespołu 13

Szkół w Zaczerniu o przedszkole wraz z zm.sp. użytkownika i przebudową części pomieszczeń w istniejącym budynku szkoły” realizowanych na rzecz Gminy Trzebowniko oraz obowiązku ich ujawnienia w Dzienniku Budowy jeśli zostaną ustanowieni. Wobec powyższego, stanowisko Przystępującego pozostaje w sprzeczności z czynnościami jakich dokonywał w toku realizacji przedmiotowej budowy i uznać je należy za przyjęte wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego. Przystępujący na ww. inwestycji ustanowił kierownikiem robót budowlanych p. M. W. co potwierdzają wpisy do Dziennika budowy. Przystępujący nie ustanowił takim kierownikiem p. K. C. .

Ponadto Przystępujący powoływał się na zmianę brzmienia art. 45 ust. 2 PB przed datą objęcia stanowiska kierownika robót przez p. K. C/ i w związku z powyższym brak konieczności ujawnienia w Dzienniku Budowy wszystkich osób, którym zostało powierzono kierownictwo, nadzór i kontrola robót, gdyż obowiązek taki nie wynikał z ustawy. Izba nie podziela tego stanowiska, gdyż Przystępujący zdaje się zapominać o następujących regulacjach PB. Zgodnie z art. 45 ust. 2 PB (w brzmieniu obowiązującym w badanym okresie realizacji robót wskazanych w wykazie osób) Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania tych robót. Natomiast ust. 10 tegoż artykułu zawiera delegację ustawową dla ministra właściwego do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa do określenia w drodze rozporządzenia, sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki, mając na celu zapewnienie przejrzystości oraz chronologii prowadzenia w nim wpisów. W oparciu o tę delegację wydano rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie sposobu prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki z dnia 6 września 2021 r. Zgodnie z § 5 ust. 2 ww. rozporządzenia „Na pierwszej stronie dziennika inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub firmę wykonawcy albo wykonawców oraz imiona i nazwiska osób pełniących funkcje kierownika budowy lub kierownika robót oraz osób sprawujących nadzór autorski i inwestorski, a także ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków.” Dalej zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia „Jeżeli w trakcie wykonywania robót budowlanych następuje zmiana kierownika budowy, kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego lub projektanta sprawującego nadzór autorski, w dzienniku dokonuje się wpisu określającego stan zaawansowania i zabezpieczenia przekazywanej budowy, rozbiórki lub montażu. Wpis ten potwierdza się datą i podpisami osoby przekazującej i osoby przejmującej obowiązki.” Wobec powyższego aby pełnić obowiązki kierownika robót zgodnie z przepisami prawa budowlanego konieczne jest dokonanie m.in. stosownego wpisu do Dziennika budowy. P. K. C/ nie został przez Przystępującego ustanowiony Kierownikiem robót, zgodnie z ww. przepisami, a tym samym nie przyjął formalnie funkcji kierownika robót na inwestycji 14

wskazanej w wykazie robót. Z przyjęciem obowiązków wiąże się również przyjęcie odpowiedzialności za realizowane roboty. Tym samym, aby stać się kierownikiem robót i móc legitymować się doświadczeniem w tym zakresie, należy przyjąć obowiązki kierownika robót, dokonując odpowiedniego wpisu do dziennika budowy.

Wobec powyższego, w ocenie Izby bez znaczenia pozostaje zakres zadań powierzonych przez Zarząd p. K. C. na przedmiotowej inwestycji, czy też podpisywanie przez tę osobę protokołów odbioru. Być może p. K. C. reprezentował Przystępującego wobec podwykonawców w trakcie realizacji inwestycji, lecz okoliczności te nie przesądzają o pełnieniu funkcji kierownika robót w rozumieniu prawa budowlanego. W związku z powyższym, dowody przedstawione przez Przystępującego związane z realizacją inwestycji dla gminy Trzebowniko, uprawdopodobniają wyłącznie realizację określonych zadań na rzecz Przystępującego lecz nie potwierdzają pełnienia funkcji kierownika robót. Jak wynika z przedłożonego przez Odwołującego Dziennika budowy p. K. C. nie był ustanowiony kierownikiem robót budowlanych na tej inwestycji – funkcję tę pełnił p. MW. .

Przy czym, zauważyć należy, że bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostają dowody związane z innym, niż wykazane w złożonym w postępowaniu wykazie osób, doświadczeniem p. K. C. . W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący powołał się na doświadczenie p. K. C. na jednej inwestycji i oświadczył, że na tej inwestycji p. K. C. pełnił funkcję kierownika robót. Wobec powyższego wywodu oświadczenie to nie potwierdziło się. Podkreślić należy, że w związku z nie posiadaniem przez wskazaną osobę wymaganego doświadczenia Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba w oparciu o dokumentację postępowania oraz złożone dowody doszła do przekonania, że Przystępujący przedstawił zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje dot. doświadczenia p. K. C. w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa. Przystępujący jako wykonawca inwestycji na rzecz Gminy Trzebowniko, miał świadomość kto faktycznie realizował określone funkcje na budowie, lecz w wykazie ujął inną osobę. Działanie takie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż Zamawiający w oparciu o przekazane informacje stwierdził, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i uznał jego ofertę za najkorzystniejszą w postępowaniu. Przystępujący w toku postępowania odwoławczego podkreślał swoje doświadczenie w realizacji robót budowlanych i profesjonalizm. Wobec powyższego, w ocenie Izby nie powinien mieć trudności z zidentyfikowaniem treści warunku postawionego przez Zamawiającego i ustaleniem co należy rozumieć pod stwierdzeniem „funkcja kierownika robót”. Warunek ten nie budził wątpliwości wykonawców (brak pytań do SWZ), kierowany był do profesjonalistów i powiązany był z przedmiotem zamówienia. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że do Przystępującego jako do profesjonalisty należy

stosować podwyższony miernik staranności. Wobec powyższego, w ocenie Izby działanie Przystępującego wypełnia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanki wykluczenia art. 109 pkt 1 ust. 8 ustawy Pzp czyli zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji przez Przystępującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp potwierdził się. W konsekwencji za zasadny uznać należy także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1, art. 16 pkt

1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w całości.

Przewodniczący: .....