

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **18 czerwca 2024 r.** przez wykonawcę: **Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Miejska Przemyśl – Zarząd Dróg Miejskich w Przemyślu, ul. Wybickiego 1, 37-700 Przemyśl**

uczestnik po stronie zamawiającego – **PIMIN Sp. z o.o. Sp. k., Osiedle Złotej Jesieni 6/97, 31-826 Kraków**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Pimin Sp. z o.o. Sp. k, Osiedle Złotej Jesieni 6/97, 31-826 Kraków w trybie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 2 pkt. 2.4 b) Specyfikacji Warunków Zamówienia w odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu, co najmniej dwiema robotami budowlanymi, polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m, z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego i brak sprzeciwu.**

2. **W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin** tytułem uiszczzonego wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2137/24

#### Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Remont mostu im. Ryszarda Siwca w Przemyślu zlokalizowanego w ciągu drogi powiatowej nr 2162R.*”, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu **14.05.2024 r.** pod nr 2024/BZP 00323486 przez: Gminę Miejską Przemyśl – Zarząd Dróg Miejskich w Przemyślu, ul. Wybickiego 1, 37-700 Przemyśl zwaną dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „*Pzp*” albo „*ustawy PZP*” albo „*PZP*” albo „*ustawy pzp*” albo „*ustawy Pzp*”.

W dniu **13.06.2024 r.** (za pośrednictwem platformazakupowa.pl) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: PIMIN Sp. z o.o. Sp. k., Osiedle Złotej Jesieni 6/97, 31-826 Kraków zwaną dalej: „*PIMIN Sp. z o.o. Sp. k.*” albo „*PIMIN*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Primost Południe Sp. z o.o., ul. Odkrywkowa 91, 42-504 Będzin zwaną dalej: „*Primost Południe Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

Dnia **18.06.2024 r.** (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 13.06.2024 r. złożył Primost Południe Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b oraz pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust 1 ustawy z dnia 16.04.19913 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pimin pomimo faktu, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu w celu uzyskania zamówienia, wbrew prawu oraz dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w

złożonym w trakcie postępowania wykazie osób dot. doświadczenia Kierownika Robót Pana Ł.N.. 2. Ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia zarzutu opisanego w punkcie pierwszym odwołania - art. 128 ust.1 i 4 ustawy pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b SWZ w odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m oraz Projektanta w zakresie jego doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch projektów dotyczących budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m 3. Art. 16 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Mając powyższe na uwadze wnoszę o rozpatrzenie i uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie odrzucenie złożonej przez Pimin oferty jako złożonej w ramach czynu nieuczciwej konkurencji, 3) względnie – wezwanie Pimin do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b SWZ. Ponadto Odwołujący wnoszą o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie. Odwołujący wnoszą również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

Zgodnie ze sporządzoną przez Zamawiającego specyfikacją warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili m.in. warunki dotyczące:

2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

b) wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia co najmniej następującymi osobami:

Projektant Wymagana liczba osób – 1 Minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, - wykonał co najmniej dwa projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m

Kierownik robót Wymagana liczba osób – 1 Minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, - kierował co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców. Po przeprowadzeniu procedury badania i oceny ofert Zamawiający w dniu 13.06.2024 r. dokonał wyboru oferty Pimin jako najkorzystniejszej. Jak wskazano powyżej jednym z warunków udziału w postępowaniu było wykazanie, iż wykonawca dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia co najmniej jedną osobą projektanta posiadającego doświadczenie w wykonaniu co najmniej dwóch projektów dotyczących budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m oraz co najmniej osobą kierownika robót posiadającego doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m. W powyższym zakresie Pimin w przedłożonym Wykazie osób wskazał 1. Pana R.S. na stanowisko Projektanta wymieniając jego następujące doświadczenie:

1. Projekt wykonawczy budowy nowego mostu drogowego MD-2 w ciągu projektowanej obwodnicy K-K w km 0+332,05 wykonywany w ramach zamierzenia budowlanego : „Zaprojektowanie i wykonanie zadania pod nazwą: Budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna-Koźla w ciągu krajowej nr 40”.

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 90,0 m
- Klasa obciążenia A wg PN-85/B-10030
- Data wykonania projektu: 03.2020 r.

Inwestor/Zamawiający:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu  
ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

2. Projekt wykonawczy zamienny wiaduktu drogowego WD-02 wykonywany w ramach zadania: „Budowa nowego wiaduktu drogowego w km 20,860 nad linią kolejową nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Kraków Główny Osobowy w miejsce likwidowanego przejazdu w ul. Ciężkowickiej w Jaworznie w km 20,712 linii nr 133

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 70,0 m
- Klasa obciążenia II wg PN-EN 1991-2 (wyższa niż klasa C)
- Data wykonania projektu: 04.2022 r.

Zleceniodawca:

Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o.  
ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków

3. Projekt wykonawczy zamienny budowy nowego mostu drogowego nad rzeką Soław miejscowości Porąbka wykonywany w ramach zadania: „Rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rzece Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z drogą wojewódzką 948 i drogami powiatowymi 4480S i 1456S w miejscowości Porąbka”

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 126,0 m
- Klasa obciążenia A wg PN-85/B-10030
- Data wykonania projektu: 05.2023 r.

Zleceniodawca:

Intop Warszawa  
ul. Ł.D. 70, 02-968 Warszawa

2. Pana Ł.N. wymienając jego następujące doświadczenie:

1. Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w m. Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną.

Parametry obiektu:

- Przęsła długości - 42 + 58 + 42 m.
- Nośność klasy „A” wg PN-85/S-10030
- Konstrukcja nośna stalowa.

Zamawiający:

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

2. Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda.

Parametry obiektu:

- Przęsła długości - 200 + 70 + 70 m.
- Nośność klasy "A" wg PN-85/S-10030
- Konstrukcja nośna stalowa.

Zamawiający:

GDDKiA Oddział w Olsztynie

W wyniku przedłożonych przez Pimin podmiotowych środków dowodowych Zamawiającyw dniu 13.06.2024 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej oceniając je tym samym jako prawidłowe oraz potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 i pkt 7 ustawy pzp

Pimin w treści przedłożonego wykazu osób wskazał między innymi na doświadczenie Pana Ł.N. w kierowaniu robotami na zadaniu pn.: Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika jednak, iż powyższe nie polega na prawdzie. Pan Ł.N. nie kierował bowiem robotami przy budowie przedmiotowego obiektu- nie pełnił on obowiązków kierownika robót. Powyższe zostanie szerzej opisane w dalszej części uzasadnienia. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że ze względu na ustawowy czas na złożenie odwołania oraz w związku z możliwością zapoznania się ze zgromadzonymi w postępowaniu dokumentami dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, dopiero po ich udostępnieniu przez Zamawiającego był on w stanie rozpocząć proces gromadzenia niezbędnych dokumentów i weryfikacji informacji. Przez gromadzenie niezbędnych dokumentów Odwołujący rozumie złożenie wniosków o udostępnienie informacji publicznej. Obecnie Odwołujący oczekuje na udzielenie formalnych odpowiedzi przez Inwestorów. Z tego też względu zastrzega on sobie możliwość przedłożenia stosownych dokumentów w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie, co oczywiście nie przeczy zapisom ustawy pzp oraz zasadom postępowania odwoławczego. Na dziś jednak pozyskał on wiadomość związaną z brakiem faktycznego kierowania robotami budowlanymi na podanym zadaniu przez Pana Ł.N. tj. brakiem pełnienia obowiązków kierownika robót. Niepodważalnym jest, że z faktycznym podjęciem obowiązków kierownika robót mamy do czynienia w momencie wpisu danej osoby do dziennika budowy na przedmiotowym stanowisku. By można było mówić o kierowaniu robotami budowlanymi niezbędne jest ustalenie realnej odpowiedzialności danej osoby za proces budowlany lub odpowiednio jego część. Taka odpowiedzialność możliwa jest do ustalenia jedynie poprzez dokonanie/ dokonywanie wpisów w dzienniku budowy. Gdyż dopiero w chwili wpisu danego kierownika do dziennika budowy przejmuje on odpowiedzialność za wszelkie szkody, które będą miały miejsce z uwagi na nierzetelną kontrolę prowadzonych prac

budowlanych czy niedbałą analizę dokumentacji technicznej. Powyższe potwierdza treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 22 grudnia 2022 r. w sprawie dziennika budowy oraz systemu Elektroniczny Dziennik Budowy (Dz. U. z 2023 r. poz. 45). W §10 ust. 2 czytamy, że przed rozpoczęciem robót budowlanych, za które ma odpowiadać kierownik robót, inwestor albo kierownik budowy dokonują wpisu dotyczącego osoby, której powierza się funkcję kierownika robót. Natomiast w ustępie 3 rzeczonego paragrafu wskazano: osoba, której powierza się funkcję, o której mowa w ust. 1 i 2, potwierdza wpisem przyjęcie powierzonej funkcji i wskazuje numer posiadanych uprawnień budowlanych. Odpowiedzialność kierownika robót realnie kierującego robotami w sposób nieodłączny powiązane jest z dokonaniem w tym przedmiocie wpisu do dziennika budowy, co zostało dostrzeżone przez KIO, tak przykładowo w wyroku z 27.07.2018 r. (sygn. akt: KIO 1399/18): „Zgodnie z art. 45 ust. 2 [przyp. własny – w aktualnym stanie prawnym, kierownik robót w dalszym ciągu podlega wpisowi do dziennika budowy – zgodnie przywołanym wyżej z §10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 22 grudnia 2022 r. w sprawie dziennika budowy oraz systemu Elektroniczny Dziennik Budowy] - Prawa budowlanego 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. Stąd zdaniem składu orzekającego Izby przyjęcie odpowiedzialności za pełnienie samodzielnej funkcji technicznej przy konkretnych robotach budowlanych jest jej immanentnym elementem. Jeżeli dana osoba nie zgodziła się przez złożenie podpisu w dzienniku budowy na przyjęcie od określonego dnia obowiązków powierzanych kierownikowi robót, nie może skutecznie twierdzić, że przy wykonywaniu tych robót pełniła taką samodzielną funkcję techniczną. Nawet jeżeli wykonywała faktycznie czynności przypisywane kierownikowi robót, nie ponosiła za to odpowiedzialności przypisywanej osobie, która formalnie wyraziła zgodę na pełnienie takiej samodzielnej funkcji technicznej. Taki quasi-kierownik robót nie jest jednym z uczestników procesu budowlanego, o których mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wytłacznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. Pełnienie funkcji technicznej w budownictwie, choć samodzielne z nazwy w rzeczywistości wiąże się również z interakcją z pozostałymi uczestnikami procesu budowlanego, która może prawidłowo przebiegać wyłącznie pomiędzy osobami, które formalnie przyjęły obowiązki związane z daną funkcją”. O powiązaniu odpowiedzialności za przeprowadzone prace z kierowaniem robotami budowlanymi czyli pełnieniem samodzielnej funkcji w budownictwie przesądziła również Izba wyrokiem z 13.08.2020 r. (sygn. akt: KIO 1644/20), potwierdzając jednocześnie, że przedstawienie w ramach kryterium oceny ofert osoby, która nie spełnia wymaganego doświadczenia stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd ergo wykonawca, który dopuścił się takiego działania podlega wykluczeniu z postępowania: „Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez wykluczenie Konsorcjum ERBUDz postępowania mimo braku do tego podstaw Zarzut nie potwierdził się. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie wprowadził zamawiającego w błąd przy podaniu informacji o funkcji jaką sprawował p. M. S. w wykazywanym doświadczeniu - Budowa Nowej Siedziby Szpitala Uniwersyteckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie - Prokocimiu, gdyż p. S. mimo braku wpisu do Dziennika Budowy pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych z ramienia podwykonawcy. W ocenie Izby jednak to zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny. Zgromadzony materiał dowodowy powoduje, że należało ustalić, że p. M. S. nie pełnił funkcji kierownika robót sanitarnych, ani nie przyjął na siebie odpowiedzialności za ten odcinek robót. Dowód, któremu Izba dała wiarę czyli formularz zatwierdzenia wyrobu, świadczy tylko o tym, że p. S. złożył swój podpis jako przedstawiciel podwykonawcy na dokumencie potwierdzającym dostawę wyrobu i opieczętował się pieczęcią "kierownik robót" bez określenia w jakiej branży. Natomiast z dowodów zgromadzonych przez zamawiającego i przedstawionych przez przystępującego Warbud wynika, że inne osoby niż p. S. pełnił na tej inwestycji funkcje kierownika robót sanitarnych - co potwierdzają wyciągi z Dzienników Budowy oraz umowa na wykonanie instalacji wentylacyjnych z podwykonawcą Polonez Plus”. Zgodnie z powyższymi rozważaniami niepodważalne jest, że faktyczne nabycie doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi może nastąpić jedynie w przypadku gdy dana osoba dokonuje wpisu w dzienniku budowy i zgodnie z przepisami obowiązującego prawa pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Pimin wskazując osobę Pana Ł.N. jako spełniającego warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do kierownika robót wprowadziła Zamawiającego w błąd posługując się nieprawdziwą informacją. Pomimo tego, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia informacja ta ma kluczowe znaczenie. Pimin jako profesjonalny uczestniczy rynku z segmentu budownictwa zapewne świadom jest jakie obowiązki oraz prawa konstytuuje wpis danej osoby do dziennika budowy jako kierownika robót, a co powoduje jego brak. Mimo tych okoliczności Wykonawca zdecydował się na posłużenie się doświadczeniem osoby, która faktycznie nie pozostawała kierownikiem robót. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Zgodnie z art. 3 teże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. By dany czyn uznać za czyn nieuczciwej konkurencji niezbędne jest ustalenie na czym określone działanie podlegało wraz z zakwalifikowaniem go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu ujętego szczegółowo w w/w ustawie lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie przywołanego art. 3 ust. 1. W art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie

nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Jednocześnie jak doprecyzował ustawodawca w art. 14 ust. 3 pkt 1 uznk, rozpowszechnianiem wiadomości, o których mowa w ust. 1, jest również posługiwanie się nieprzystługującymi lub niecisłymi tytułami, stopniami albo innymi informacjami o kwalifikacjach pracowników. Zdaniem Odwołującego, z taką sytuacją, o której mowa w art. 14 ust. 1 w zw. z ust. 3 pkt 1 uznk, mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu - Pimin w sposób celowy wprowadził Zamawiającego w błąd, przedstawiając osobę, która nie posiadała stosownego doświadczenia. Celem tego działania było uzyskanie zamówienia publicznego. Jednocześnie jako profesjonalista jest on zobowiązany do rzetelnej weryfikacji doświadczenia kadry, którą się posługuje. Możliwe jest w tym zakresie przypisanie Pimin co najmniej rażącego niedbalstwa. Mając na uwadze, że nieprawdziwa informacja dotyczy faktycznego kierowania robotami budowlanymi przez Pana Ł.N. to można z całą pewnością stwierdzić, że Pimin rażąco nie dopełnił ciężących na nim obowiązków związanych z weryfikacją informacji składanych w oświadczeniach na poczet udziału w przetargach. Za takim potraktowaniem zachowania Wykonawcy przemawia również profesjonalny charakter jego działalności, jako podmiotu stale trudniącego się udziałem w przetargach publicznych. W sposób rażący odstąpiono więc od wzorca zachowania profesjonalisty. Co więcej, złożenie przez Przystępującego nieprawdziwego oświadczenia celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, daje się również zakwalifikować co najmniej jako sprzeczne z dobrymi obyczajami. Informacje podawane w postępowaniu o zamówienie są oświadczeniami wiedzy składanymi w sposób celowy, w odpowiedzi na warunki określone przez Zamawiającego, zatem ich podanie powinno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności. Należyta staranność wykonawcy (dłużnika) określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności i rzetelności przy wypełnianiu przez wykonawców oświadczeń na potrzeby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w zakresie weryfikacji doświadczeń osób powoływanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niedochowanie ww. wymogom i złożenie oświadczenia nieprawdziwego świadczy o naruszeniu przez wykonawcę co najmniej dobrych obyczajów. Niewątpliwie poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia naruszony został także interes pozostałych oferentów, którzy utracili szansę na uzyskanie zamówienia wobec nieuczciwego podejścia Pimin. Zatem zgodnie z powyższym spełnione zostały przesłanki przewidziane w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu Odwołujący pragnie z ostrożności podkreślić, że z analizy przeprowadzonej przez KIO w wyrokuz 21.02.2024 r., sygn. akt: KIO 353/24 wynika, że w celu stwierdzenia ziszczenia się przesłanek opisanych w art. 3 ust. 1 w/w ustawy nie jest konieczne udowodnienie celowości działania podmiotu. W tym zakresie wystarczające będzie przypisanie rażącego niedbalstwa. Posługiwanie się nieprawdziwymi informacjami w sposób opisany w niniejszym uzasadnieniu stanowi też, zdaniem Odwołującego, przykład czynu nieuczciwej konkurencji opisany w art. 14 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca rozpowszechnił bowiem nieprawdziwą informację o kwalifikacji swojego pracownika co miało doprowadzić do osiągnięcia korzyści w postaci uzyskania niniejszego zamówienia. Z tego względu, w ocenie Odwołującego, spełnione zostały przesłanki niezbędne do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 jak i art. 14 ustawy uznk. Dla Odwołującego bezsprzeczne pozostaje, że oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Co więcej - narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk. (Wyrok KIO z 21.02.2024 r., KIO 353/24, LEX nr 3702044). Trudno przypuszczać by nieprawdziwe oświadczenie Przystępującego zostało złożone z innych względów niż próba celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego lub z powodu rażącego niedopełnienia ciężących na nim obowiązków związanych z profesjonalnym charakterem jego działalności. Nie ma bowiem podstaw by sądzić, iż błędnie interpretuje on treść warunków udziału w postępowaniu, które w tym zakresie pozostają jasne oraz skonkretyzowane lub, że nieprawdziwe oświadczenie jest wynikiem omyłki. Pimin posłużył się bowiem doświadczeniem osoby, która na podanym przez Wykonawcę zadaniu realnie nie kierowała robotami budowlanymi. W tym miejscu Odwołujący pragnie podkreślić, że „Brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania (...)Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia”. *Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.*” (Wyrok KIO z 21.01.2022 r., KIO 5/22, LEX nr 3357974). Dodatkowo istotne dla niniejszej sprawy jest, że w wypadku opisanym w niniejszym punkcie uzasadnienia nie jest możliwe zastosowanie art. 128 ustawy pzp. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1,

podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Sytuacja jaka zaistniała w niniejszej sprawie nie kwalifikuje się pod dyspozycję ww. przepisu. Przekazanie w wykazie informacji nieprawdziwych nie jest równoznaczne z tym, że podmiotowy środek dowodowy zawiera błędy lub jest niekompletny. Za błędny należałoby uznać dokument, w którym np. wykonawca oświadcza, że legitymuje się określonym doświadczeniem, ale opis tego doświadczenia nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu - jednak podawane informacje są zgodne z prawdą (po prostu wykonawca podał doświadczenie o zbyt małej wartości, zakresie lub z innych względów nieodpowiadające treści warunku udziału ewentualnie nie przedstawił w opisie doświadczenia wszystkich elementów pozwalających na jego zweryfikowanie pod kątem zgodności z warunkiem). W takiej sytuacji zasadnym jest skorzystanie z dyspozycji art. 128 ustawy pzp i wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. (Wyrok KIO z 21.02.2024 r., KIO 353/24, LEX nr 3702044). W przypadku jednak kiedy Zamawiający będzie posiadał wiedzę o nieprawdziwości informacji zamieszczonych w danym podmiotowym środku dowodowym nie ziszcza się przesłanki do zastosowania powołanego wyżej art. 128 ustawy pzp. Przepis ten nie dotyczy bowiem sytuacji, w których wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzającego go w błąd.

III. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp Jak wynika zatem z literalnego brzmienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał by osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót posiadała doświadczenie w kierowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi dotyczącymi mostu drogowego. W odniesieniu do Projektanta Zamawiający wymagał doświadczenia związanego z wykonaniem projektów odnoszących się również do mostu drogowego. Pimin w przedłożonym w toku postępowania przetargowego Wykazie osób wskazał natomiast, że Pan R.S. wykonał jedynie jeden projekt odnoszący się do budowy mostu drogowego, natomiast dwa pozostałe były jedynie częściowymi projektami tj. projektami wykonawczymi zamiennymi, w tym jeden z nich odnosił się do wiaduktu, a nie mostu drogowego. W odniesieniu do kierownika robót Pimin wskazał, że Pan Ł.N. kierował robotami budowlanymi dotyczącymi budowy wiaduktu a nie wymaganego mostu drogowego. W ocenie Odwołującego przedmiotowy fakt powoduje, iż nie można uznać, że takie doświadczenie kierownika i projektanta Wykonawcy jest zgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, że sam Wykonawca spełnia stawiane warunki i nie podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania. Wyjaśnienia wymaga, że w tym fragmencie uzasadnienia Odwołujący odniesie się do użytego przez Zamawiającego pojęcia mostu drogowego. W dalszej części uzasadnienia Odwołujący zaprezentuje argumentację związaną z pojęciem „projektu” w odniesieniu do doświadczenia projektanta. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu. W sposób szczegółowy wskazał on bowiem rodzaj obiektu mostowego, który jest wymagany w odniesieniu do doświadczenia kierownika robót oraz projektanta. Skoro zamawiający w treści warunku wymienił most drogowy oznacza to, że wykonawcy nie mogli posłużyć się jakimkolwiek rodzajem obiektu mostowego, ale właśnie tym konkretnym. W ślad za tym wskazać należy, że wiadukt w żadnym wypadku nie pozostaje mostem drogowym. Obiekty te służą bowiem do przeprowadzania ciągów jezdnych/pieszko-jezdnych nad różnymi (odmiennymi) przeszkodami terenowymi. Zgodnie z definicją prezentowaną na stronie Głównego Urzędu Statystycznego przez most drogowy rozumie się obiekt służący do zapewniania komunikacji drogowej nad przeszkodą wodną. Wiadukt natomiast to obiekt służący do zapewnienia komunikacji drogowej nad drogą lub linią kolejową. (Źródło- <https://stat.gov.pl/metainformacje/slownik-pojec/pojecia-stosowane-w-statystyce-publicznej/3745,pojecie.html>). Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający nie zamieścił w treści SWZ definicji mostu drogowego. Stąd też zrodziła się konieczność posłużenia się przede wszystkim wykładnią gramatyczną (literalną). Regulacje odnoszące się do warunku udziału w postępowaniu czytane muszą być tak jak zostały napisane, literalnie, tak aby nie pozostawiać marginesu na interpretację i domysły. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SWZ. (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 07.10.2008 r., sygn. akt: XXII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań powinna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić w tym wypadku interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego, czy założeniach czynionych na potrzeby oceny. Ukształtowany przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu warunek udziału w zakresie zdolności zawodowej należy i musi być odczytywany tak jak on brzmi. Zgodnie z treścią jaka została zawarta w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego warunek jest jednoznaczny i opisany został szczegółowo przez wskazanie konkretnych elementów jakie były istotne w ocenie Zamawiającego. Powtórzyć zatem należy, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu wyraźnie wskazał na most drogowy. Nie istnieją zatem żadne podstawy prawne ani faktyczne umożliwiające uznanie, że w tym wypadku spełniającym przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu będzie wykazanie doświadczenia w kierowaniu budową, przebudową czy remontem wiaduktu czy też sporządzenie projektu budowy, przebudowy, remontu wiaduktu. Co istotne w ocenie Odwołującego przyjęcie odmiennego stanowiska będzie stanowiło nieuprawnioną interpretację rozszerzającą warunku oraz w sposób bezpośredni będzie przeczyło zasadzie równego traktowania wykonawców. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż wysoce prawdopodobnym jest, że gdyby przed terminem złożenia ofert potencjalni oferenci wiedzieli o możliwości

przyjęcia takiej interpretacji, w postępowaniu przetargowym mogłoby wziąć udział więcej podmiotów. Powyższe niepodważalnie powoduje, iż nie jest możliwe uznanie obecnego działania Zamawiającego jako prawidłowego i możliwego do zaakceptowania. W tym miejscu Odwołujący pragnie odnieść się do Wyroku KIO z 05.05.2011 r. wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 809/11, jednocześnie podkreślając, że pomimo, iż został on wydany w poprzednio obowiązującym systemie prawa zamówień publicznych, to wnioski z niego płynące zachowały bezsprzecznie aktualność po dziś dzień. W opisywanym stanie faktycznym jeden z oferentów posłużył się doświadczeniem w realizacji wiaduktu podczas gdy z treści SIWZ wynikał obowiązek posiadania doświadczenia w budowie mostu. Krajowa Izba Odwoławcza nie mając w tym względzie żadnych wątpliwości orzekła, iż akceptowalna jest jedynie ścisła interpretacja postanowień SIWZ. Izba zwróciła uwagę na niemożności dokonywania interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu w sposób rozszerzający jeśli taki sposób nie był wprost wyartykułowany na etapie poprzedzającym składanie ofert. Zamawiający w trakcie rzeczonyj sprawy, oświadczył iż akceptowalnym byłoby dla niego rozszerzenie zarówno katalogu rodzaju robót budowlanych (w treści SIWZ wskazano jedynie na budowę) jak i rodzajów obiektów, gdyż nadal zachowałby on pewność co do możliwości należytej realizacji zadania przez wykonawców. Dodatkowo poparł on powyższe twierdzenia wyciągami z dokumentacji oraz analizą techniczną. Izba słusznie jednak uznała, że nie można na etapie składania ofert, adekwatnie do nich, przyjmować wykładnię SIWZ zmieniając post factum jej postanowienia. Zamawiający winien na etapie przygotowywania SIWZ sformułować takie jej postanowienia by gwarantowały należyłą realizację zadania, nie jest jednak możliwe czynienie tego podczas badania i oceny ofert. Odnosząc powyższe do niniejszej sprawy- nie jest możliwe uznanie, że doszło do skutecznego potwierdzenia spełnienia przez Pimin warunków udziału w postępowaniu podczas gdy przedłożony wykaz osób nie referuje do treści warunku. Odwołujący pragnie również nadmienić, że podstawową funkcją warunków udziału w postępowaniu pozostaje ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. Odnosząc powyższe do problematyki niniejszej sprawy, wskazać należy, że treść przywołanego warunku udziału w postępowaniu wprost referuje do przedmiotu zamówienia. W ramach niniejszego postępowania wykonawca będzie bowiem zobowiązany do remontu mostu drogowego tj. obiektu stanowiącego przeprawę drogową nad rzeką. Przywoływany przez Pimin wiadukt jest natomiast przeprawą umożliwiającą ruch nad linią kolejową. Niepodważalnym pozostaje, że specyfika wykonywania robót w odniesieniu do obiektu posadowionego nad rzeką w porównaniu do obiektu posadowionego nad linią kolejową pozostaje zgoła odmienna. Funkcjonalnie uzasadnionym pozostaje zatem wymaganie właśnie mostu drogowego, a nie jakiegokolwiek innego obiektu mostowego w ramach warunku udziału w postępowaniu. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż gdyby intencją Zamawiającego było rozszerzenie katalogu obiektów, w treści SWZ winny znaleźć się inne określenia niż są obecnie użyte. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, iż nawet gdyby niezbędnym było odniesienie się do definicji legalnej pojęć most oraz wiadukt to nadal nie potwierdzają one słuszności podjętych przez Zamawiającego czynności w niniejszym postępowaniu. W treści § 4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. poz. 1518) czytamy bowiem, że: 1) Przez mostu rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi nad przeszkodą, w której co najmniej jedno przęsło znajduje się nad wodami powierzchniowymi. 2) Przez wiadukt natomiast rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi nad przeszkodą, w której żadne przęsło nie znajduje się nad wodami powierzchniowymi. Zatem nawet w odniesieniu do obowiązujących przepisów prawa nie sposób przyjąć odmiennego stanowiska niż uznanie, że most oraz wiadukt stanowią dwa odrębne rodzaje obiektów. W konsekwencji powyższego nie jest możliwe przyjęcie, że użycie pojęcia most drogowy daje oferentom możliwość posłużenia się doświadczeniem osób proponowanych do sprawowania funkcji kierownika robót i projektanta również na wiaduktach. Odnosząc się również do historycznej definicji zamieszczonej w nieobowiązującym już Rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30.05.2000 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie, a konkretnie do jego § 3 pkt 1, wskazać należy, że ustawodawca rozróżnił kilka rodzajów obiektów mostowych. W zamieszczonej w przywołanym paragrafie definicji czytamy, że przez obiekt mostowy rozumie się budowlę przeznaczoną do przeprowadzania drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo- rowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę. Tym samym, przepisy prawa w sposób jednoznaczny kategoryzują obiekty mostowe oraz określają ich rodzaje. Mając to na uwadze, należy uznać że Zamawiający w treści SWZ w sposób jednoznaczny dokonał rozróżnienia rodzaju obiektu mostowego, z którym związane ma być doświadczenie posiadane przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót i projektanta. W świetle powyższego bezsprzecznie należy stwierdzić, że skoro Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu przewidział doświadczenie kierownika robót i projektanta w odniesieniu do mostu drogowego, a Wykonawca wykazał doświadczenie kierownika robót i projektanta w odniesieniu do wiaduktu, to nie można mówić w tym wypadku o potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego zaktualizowały się zatem przesłanki do zastosowania w niniejszej sprawie art. 128 ustawy pzp. Powyższe rozważania należy również odnieść w stosunku do użytego przez Zamawiającego sformułowania „projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu”. Przedmiotem niniejszego postępowania jest między innymi sporządzenie projektów technicznych remontu mostu wraz z projektem wykonawcy i kompletnymi materiałami do zgłoszenia w celu uzyskania zgody na realizację zadania w systemie remontowym (vide

rozdział IV ust. 1 SWZ). Odnosząc powyższe do opisu warunku udziału w postępowaniu stwierdzić należy, że doświadczenie jakim powinien wykazać się Projektant winno obejmować sporządzenie kompletnego projektu, który był podstawą pozyskania stosownego dokumentu umożliwiającego prowadzenie robót budowlanych. Pimin w przedłożonym wykazie osób jako doświadczenie Pana R.S. wskazał m.in. realizację projektu wykonawczego zamiennego dla wiaduktu drogowego oraz realizację projektu wykonawczego zamiennego dla budowy mostu drogowego. Nie jest jednak jasne jaki pozostawał zakres tychże projektów zamiennych. Co do zasady mogły one dotyczyć jedynie nieznacznego wycinka lub jednego elementu całego obiektu. Z definicji bowiem projekt zamienny nie musi dotyczyć całego zakresu inwestycji. Projektem zamiennym będzie na przykład projekt zakładający zmianę rodzaju pali. Tym samym Zamawiający nie może być pewien czy doświadczenie Pana R.S. faktycznie może dawać rękojmię należytego wykonania niniejszego zadania. Wykonanie projektu wykonawczego zamiennego nie jest bowiem równoznaczne z wykonaniem projektu jako całości. W gestii Zamawiającego winno zatem leżeć zbadanie faktycznego zakresu projektów jakie wykonał Pan R.S.. Nie można bowiem stawiać znaku równości pomiędzy projektem a projektem zamiennym. Projekt zamienny jak sama nazwa wskazuje modyfikuje bowiem- w mniejszym lub większym zakresie, projekt (pierwotny, podstawowy). Z powyższego wynika zatem niepodważalnie, iż Pimin nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedstawiony w toku postępowania przetargowego wykaz osób nie tylko nie poświadczą ich spełnienia, a wręcz potwierdza brak posiadania przez Wykonawcę wymaganej zdolności zawodowej - nie dysponuje on bowiem osobami posiadającymi wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Tym samym Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy pzp lub poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych na podstawie ust. 1 powyższego artykułu ustawy. Ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczalna rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia. (Wyrok KIO z 27.02.2024 r., KIO 438/24, LEX nr 3702052). Tym bardziej, iż treść warunków opisanych w niniejszym postępowaniu w zasadzie nie nastrocza trudności interpretacyjnych. Zamawiający posłużył się bowiem jasnymi i konkretnymi określeniami jak most drogowy oraz projekt. Zamawiający jako gospodarz postępowania zobowiązany był zatem do rzetelnej weryfikacji przedłożonych przez Pimin dokumentów w odniesieniu do literalnej treści SWZ. Efektem tejże weryfikacji winno być zastosowanie art. 128 ustawy pzp. Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez Zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym w sytuacji gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz osób nie będą potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to po stronie Zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia. Powyższy obowiązek pozostaje nieodzownym narzędziem zmierzającym do jednoznacznego ustalenia m.in. czy dany oferent daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w dniu 19.06.2024 r. (za pośrednictwem platformazakupowa.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 20.06.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) PIMIN Sp. z o.o. Sp. k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 28.06.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesionego odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w części, uwzględnił natomiast jeden zarzut. Stwierdził, że uznaje za zasadny zarzut dotyczący zaniechania czynności wezwania Pimin Sp. z o.o. Sp. k. w trybie artykułu 128 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 2 pkt. 2.4 b) SWZ w odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu, co najmniej dwiema robotami budowlanymi, polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu

drogowego o konstrukcji nośnej stalowej klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m. W tym zakresie Zamawiający unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokona ponownie badania i oceny ofert. Odnosząc się do treści pozostałych zarzutów Odwołującego, wnosił o ich oddalenie tj. w części: a) dotyczącej zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Pimin Sp. z o.o. Sp.k., złożonej z dniem Odwołującego się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającej na podaniu przez Przystępującego niezgodnych z prawdą informacji, co do doświadczenia Kierownika Robót Pana Ł.N. tj. niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, a także przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający przez Zamawiającego równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości; b) dotyczącej zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zakresie nie zbadania przez Zamawiającego faktycznego zakresu projektów (projektu i projektu zamiennego), jakie wykonał Pan R.S.i zaniechanie wezwania Pimin Sp. z o.o. Sp.k do złożenia wyjaśnień lub poprawienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Ponadto wnosił o: 1) przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów: a) Pismo z dnia 20.06.2024 r. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad znak: O/OL.D-5.1030.94.2024.AK, na wykazanie, że Pan Ł.N. pełnił funkcję kierownika robót mostowych w ramach inwestycji „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek „B” od km 9 + 181,7 do km 18 + 845, Most MS4 nad Kanalem Pauzeńskim; b) Pismo z dnia 25.06.2024 r. Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku znak: WPIR1.0142.11.2024, na wykazanie, iż Pan Ł.N. pełnił funkcję kierownika robót mostowych i uczestniczył w odbiorze technicznym końcowym robót, terenu i urządzeń obcych na zadaniu „Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w m. Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną”; c) Pismo z dnia 26.06.2024 r. INTOP Warszawa Sp. z o.o. znak: JW/PW/007/24/Most im. R. Siwca w Przemysłu, na wykazanie, iż Pan R.S. opracował projekt wykonawczy zamienny budowy nowego mostu drogowego nad rzeką Soła w miejscowości Porąbka, który zawierał zmiany dotyczące technologii wykonania posadowienia obiektu, dostosowania geometrii przyczółków, poszczególnych elementów konstrukcji obiektu oraz zmiany przekrojów poprzecznych elementów konstrukcyjnych ustroju niosącego oraz przekroju poprzecznego obiektu do przyjętych materiałów i przekrojów poprzecznych poszczególnych elementów konstrukcyjnych. Uzasadnienie: I Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp (w zakresie kierownika robót) Zamawiający przyznaje, że w Specyfikacji Warunków Zamówienia dla zadania pn.: „Remont mostu im. Ryszarda Siwca w Przemysłu zlokalizowanego w ciągu drogi powiatowej nr 2162R” w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał w części VII pkt 2.4. SWZ opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia określając, m.in., że Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca dysponuje jedną osobą, która będzie pełnił funkcję: 1) Kierownika robót, posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i kierował, co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie, lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m. 2) Projektanta posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i wykonał, co najmniej dwa projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m. Zamawiający określił w części IX pkt 3.2, że w celu wykazania spełniania przez wykonawcę powyższych warunków żąda wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacją na temat ich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, doświadczenia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją do dysponowania tymi osobami. Zamawiający uznał na etapie badania ofert, że w zakresie osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika robót Pimin Sp. z o.o. Sp.k. spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego, bowiem doświadczenie w kierowaniu robót przy budowie mostu drogowego czy wiaduktu nie ma znaczenia, biorąc planowany rodzaj robót budowlanych, gdyż oba te obiekty różni rodzaj przeszkody pod obiektem (ciek wodny w przypadku mostu, droga lub linia kolejowa w przypadku wiaduktu). Planowany zakres robót remontowych (tj.: robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę) polega na wymianie tylko niektórych elementów konstrukcyjnych (a w zasadzie bardziej odnoszących się do nawierzchni jezdni i chodników) i niektórych elementów wyposażenia (elementy odwodnienia, oświetlenia, instalacji elektrycznej, dylatacje itp.) oraz odnowienie powłok malarskich. Dla Zamawiającego nie ma większego znaczenia przeszkoda, nad którą znajduje się obiekt. Podczas wykonywania robót nie będzie ingerencji w zasadnicze elementy konstrukcyjne (podpory stałe, ustrój nośny) nie będzie też potrzeby zastosowania tymczasowych podpór pośrednich. Na istniejącym obiekcie zainstalowany jest na stałe wózek rewizyjny, który zapewnia niezbędny dostęp do wykonania robót naprawczych i konserwacyjnych. Istotnym elementem dla Zamawiającego był przede wszystkim rodzaj konstrukcji (w tym przypadku obiekt stalowy), na której wykonawca powinien wykazać się doświadczeniem. W konsekwencji jednak, zapoznając się z treścią zarzutów Odwołującego, Zamawiający wziął pod uwagę literalną definicję mostu drogowego, pojęcia legalnego mostu i wiaduktu, a także ukształtowaną przez orzecznictwo zasadę, że niejasne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Zamawiający uznaje, że zachodzi podstawa do wezwania Pimin Sp. z o.o. Sp.k. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonej w rozdziale VII ust. 2.4 lit b dotyczące minimalnych kwalifikacji i doświadczenia kierownika robót, wobec tego stwierdzić należy, że zachodzi podstawa do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. II Zarzut

naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 i pkt 7 ustawy Pzp Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 i pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pimin Sp. z o.o. Sp.k., którego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji Zamawiający uznaje za niezasadny. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, Pimin Sp. z o.o. Sp.k. złożyła wykaz osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli chodzi o kierownika robót na zadaniu „Remont mostu im. Ryszarda Siwca w Przemysłu zlokalizowanego w ciągu drogi powiatowej nr 2162R” Pimin Sp. z o.o. Sp.k. wskazał, że Pan Ł.N. posiada stosowne uprawnienia, a ponadto pełnił funkcję kierownika robót przy wiadukcie nad torami PKP w Białymstoku, gdzie Zamawiającym był Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich, a także przy budowie obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn – Olsztynek w m. Ostróda, gdzie Zamawiającym była Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie. Przypomnieć w tym miejscu trzeba, że Zamawiający w SWZ w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę powyższych warunków żądał wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacją na temat ich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, doświadczenia, a także zakresu wykonywanych czynności. Jak wynika z twierdzeń Odwołującego jest on w posiadaniu informacji, że Pan Ł.N. nie kierował robotami przy budowie przedmiotowego obiektu, nie pełnił on obowiązków kierownika robót, na co Odwołujący gromadzi stosowną dokumentację. W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego, przede wszystkim wskazać trzeba, że z analizy przedstawionego przez Przystępującego wykazu osób w sposób wyraźny wynika, że Pimin Sp. z o.o. Sp.k. wskazał na charakter funkcji uprawnień w ramach poszczególnych inwestycji. Natomiast Odwołujący oparł podniesiony zarzut wyłącznie na domniemaniu. Podkreślić należy, że rolą Zamawiającego jest weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie oświadczeń lub dokumentów określonych w SWZ, co też Zamawiający uczynił. Nie ma przy tym znaczenia, że jako doświadczenie kierownika robót Pimin Sp. z o.o. Sp.k. wskazał budowę wiaduktu ze stalowym ściągiem i łukiem, bowiem to Zamawiający uznał, że oświadczenie to spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem zawodowym kierownika robót. Złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które zostało podważone przez Odwołującego, nie wskazuje z góry, że mamy do czynienia z nieuczciwym postępowaniem. Wprawdzie Odwołujący w treści odwołania podnosi, że Pimin Sp. z o.o. Sp.k. posługuje się nieprawdziwymi informacjami celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i spełnia przesłanki art. 3. ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to jednak cały wywód w tej materii Odwołujący opiera na domniemaniu. Przede wszystkim Zamawiający nie został wprowadzony w błąd żadną informacją, czy oświadczeniem wykonawcy. Dokonując wyboru oferty tego wykonawcy po uprzednim stwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający miał świadomość i wiedzę, że podane w Wykazie osób doświadczenie Kierownika robót dotyczy kierowania robotami przy wiadukcie i obiekcie mostowym. Odrzucenie oferty w trybie powołanego przez Odwołującego przepisu jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy czynność złożenia oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem to sama treść oświadczenia woli wykonawcy rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 k.c. musiałaby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a takiej okoliczności Zamawiający nie stwierdził. Odwołujący nie umotywował natomiast, ani nie udowodnił popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, która to okoliczność w chwili składania oświadczenia woli (oferty) Przystępującego, nie miała miejsca. Tym samym nie można odrzucić oferty wykonawcy z uwagi na domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 września 2014 r., sygn. akt KIO 1863/14, stwierdziła: nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Izba podkreśla, że odrzucenie oferty ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji. Podobnie w wyroku z 23.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1713/19, Izba stwierdziła, że (...) zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane, jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Na skutek twierdzeń Odwołującego, Zamawiający zasięgnął informacji, z których wynika, że Pan Ł.N. pełnił funkcję kierownika robót mostowych w ramach inwestycji „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek „B” od km 9 + 181,7 do km 18 + 845, Most MS4 nad Kanałem Pauzeńskim, a także pełnił funkcję kierownika robót mostowych i uczestniczył w odbiorze technicznym końcowym robót, terenu i urządzeń obcych dla zadania pn. „Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w miejscowości Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną”. Podsumowując powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do uznania, iż złożenie oferty przez Pimin Sp. z o.o. Sp. k. stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, implikujący odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Nie można, bowiem uznać, że oświadczenie Przystępującego odnośnie wykazu osób, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej, odbiegało od rzeczywistości i można je uznać za nieprawdziwe. Oczywiście jest, że nie można przyjąć, że celem ustawodawcy było dopuszczenie podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach, w których Zamawiający nie przewidział tychże fakultatywnych przesłanek wykluczenia, bowiem stoi temu na przeszkodzie art. 16 Prawa zamówień publicznych. Jednak w sytuacji, jeżeli Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia związanych z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd, to niejako automatycznie, w przypadku złożenia tego

rodzaju informacji, należałoby zastosować art. 226 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i 2 pkt 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma ku temu żadnych podstaw. Z tych powodów również nieuzasadniony pozostaje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. III Zarzut zaniechania czynności wezwania Wykonawcy w trybie art. 128 ust.1 oraz 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do Projektanta. W ocenie Zamawiającego zarzut odwołania nie jest zasadny, albowiem Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy – Pimin Sp. z o.o. Sp.k. zastosował się do postanowień specyfikacji w zakresie wymaganego warunku i uwzględnił te dokumenty (wykaz), który wykonawca przedłożył na jego potwierdzenie stosownie do wymagań ustalonych w SWZ. Nie ma uzasadnienia także dla twierdzenia, że Zamawiający nie ma pewności, co do dysponowania doświadczeniem wskazanego Projektanta. W tym zakresie zarzuty Odwołującego są nieuzasadnione, nie doszło do naruszenia przepisów Pzp. Zamawiający nie wykluczył możliwości potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia, wykonaniem zamiennego projektu budowlanego. Zamienny projekt budowlany jest następstwem konieczności wprowadzenia zmian w projekcie pierwotnym, co nie zmienia stopnia jego złożoności, czy konieczności posiadania określonych umiejętności i doświadczenia. Kierując się postanowieniami SWZ, wykonanie dokumentacji projektowej, w tym zamiennej dokumentacji projektowej, która posłużyła w niniejszym przypadku również do wybudowania obiektu inżynierskiego, którego dotyczy wymaganie potwierdza spełnianie przez wykonawcę warunku posiadania doświadczenia projektowego opisanego w SWZ. Potwierdza to pismo INTOP Warszawa Sp. z o.o. znak: JW/PW/007/24/Most im. R. Siwca w Przemyśle, wskazujące, iż Pan R.S. opracował projekt wykonawczy zamienny budowy nowego mostu drogowego nad rzeką Soła w miejscowości Porąbka, który zawierał zmiany dotyczące technologii wykonania posadowienia obiektu dostosowania geometrii, poszczególnych elementów konstrukcji obiektu oraz zmiany przekrojów poprzecznych elementów konstrukcyjnych ustroju niosącego oraz przekroju poprzecznego obiektu do przyjęcia materiałów i przekrojów poprzecznych poszczególnych elementów konstrukcyjnych. Ponadto projekt budowlany zamienny, musi być opracowaniem dotyczącym całości inwestycji, a nie tylko zmian stanowiących odstępstwa. Projekt zamienny, tak samo jak projekt pierwotny, musi być zgodny z wymogami ochrony środowiska, warunkami techniczno-budowlanymi, posiadać wymagane opinie, uzgodnienia i pozwolenia. Wykonać projekt zamienny może tylko osoba posiadająca wymagane dla projektantów uprawnienia budowlane. Z powyższych względów zarzut dotyczący konieczności wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających istnienie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do Projektanta w zakresie jego doświadczenia w wykonaniu, co najmniej dwóch projektów dotyczących budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej klasy min. C i rozpiętości przęsła min 50 m. nie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 02.07.2024 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w zakresie nie uwzględnionym przez Zamawiającego. Nie wnosil zaś sprzeciwu co do uwzględnionego zarzutu. Ponadto, wnosil o przeprowadzenie dowodów z dokumentów: 1) pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, znak: O/OL.D-5.0130.98.2024.RŁ z dnia 25 czerwca 2024 r., wraz załączonymi do tego pisma dziennikami budowy obiektu MS-4/B (S7) – Tomy I-IV, zawierającymi m.in. wpisy dokonane przez Pana Ł.N. (jako kierownika robót mostowych) z dni: 4.07.2016 r., 14.07.2016 r., 29.07.2016 r., 22.08.2016 r., 25.08.2016 r., 19.09.2016 r., 2) umowa Nr 007/M/2D3P/2015 o wykonanie robót budowlano-monażowych/drogowych zawarta pomiędzy Konsorcjum w składzie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie z Vistal Gdynia S.A., gdzie w §5 ust. 3 pkt 3 tej umowy Pan Ł.N. został wskazany jako kierownik robót mostowych, wszystkich ww. dokumentów (nr 1-2) w celu wykazania, że w ramach inwestycji pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ - Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 (pododcinek „B”): a) Vistal Gdynia S.A. realizowała roboty jako zaakceptowany podwykonawca; b) Pan Ł.N. został zgłoszony przez zamawiającego do organu nadzoru budowlanego jako kierownik robót mostowych na obiekcie MS-4/B (S7); c) Pan Ł.N. pełnił rolę kierownika robót mostowych z ramienia podwykonawcy (Vistal Gdynia S.A.).

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp (w zakresie kierownika robót) Przystępujący przytacza się do twierdzeń i wniosków, przedstawionych w odpowiedzi na odwołanie oraz nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu zaniechania czynności wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy pzp do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4. b) SWZ w odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu, co najmniej dwiema robotami budowlanymi, polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej klasy min. C i rozpiętości min. 50 m oraz wobec unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert. Akceptując stanowisko, zgodnie z którym doświadczenie kierownika robót, polegające na kierowaniu robót w ramach zadania pn. Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w m. Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną jest niewystarczające do spełnienia warunków zdolności zawodowej, o której mowa w SWZ (Rozdział VII. ust. 2 pkt 2.4 lit. b akapit drugi), Przystępujący nie kwestionuje

zasadności skorzystania przez Zamawiającego ze środków przewidzianych w art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp. Przystępujący jest przy tym gotowy do wykazania w inny sposób spełnienia warunku minimalnych kwalifikacji i doświadczenia dla kierownika robót. Zarzut naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b oraz pkt 7 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 16 ustawy pzp Twierdzenia Odwołującego przedstawione w ramach ww. zarzutów są całkowicie bezzasadne. Należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, który nie uznał ww. zarzutów. Nie jest prawdą, że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego, powołując się na doświadczenie zawodowe Pana Ł.N.. W rzeczywistości informacja ta została podana przez Przystępującego zgodnie z prawdą i adekwatnie do wymogów przedstawionych w SWZ, które przewidywały dla kierownika robót następujące minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, - kierował co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m (Rozdział VII. ust. 2 pkt 2.4 lit. b akapit drugi). Niewątpliwie „kierowanie robotami budowlanymi” w rozumieniu SWZ nie ogranicza się wyłącznie do sprawowania funkcji kierownika budowy. Jako osobę kierującą robotami budowlanymi należy uznać także wszystkich kierowników robót w tym kierownika robót mostowych.

Dokumenty przedłożone przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie potwierdzają, że: - Pan Ł.N. w ramach inwestycji pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek (pododcinek „B”)” od km 9+181,7 do 18+845, Most MS4 nad Kanalem Pauzeńskim pełnił funkcję kierownika robót mostowych w okresie od 23 maja 2016 r. do 18 października 2017 r., - Pan Ł.N. w ramach inwestycji pn. „Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w m. Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną” pełnił funkcję kierownika robót mostowych w okresie od 10 października 2019 r. do 23 grudnia 2020 r., w tym uczestniczył w odbiorze technicznym i końcowym robót, terenu i urządzeń obcych. Ponadto, jak wynika z dokumentów przedłożonych wraz z niniejszym pismem Przystępującego, Pan Ł.N. w ramach inwestycji pn. „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ - Ostróda Południe (pododcinek „B”)” sprawował swoją funkcję kierownika robót mostowych z ramienia z ramienia podwykonawcy spółki Vistal Gdynia S.A. Wbrew przypuszczeniom Odwołującego, Pan Ł.N. dokonywał przy tym wpisów do Dziennika Budowy. Należy mieć na uwadze, że Przystępujący w postępowaniu nie podał informacji o dokładnej funkcji jaką pełnił Pan Ł.N. w ramach wskazanych inwestycji, ponieważ warunki udziału w postępowaniu nie przewidywały takiego wymogu. Powyższe okoliczności całkowicie podważają twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi Przystępujący w trakcie postępowania miał podać nieprawdziwe informacje, dotyczące doświadczenia Pana Ł.N.. Przy ocenie sprawy pod kątem ewentualnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego, należy uwzględnić także odczucia samego Zamawiającego, który stwierdził następująco: Nie ma przy tym znaczenia, że jako doświadczenie kierownika robót Pimin Sp. z o.o. Sp.k. wskazał budowę wiaduktu ze stalowym ściągiem i łukiem, bowiem to Zamawiający uznał, że oświadczenie to spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem zawodowym kierownika robót. Złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które zostało podważone przez Odwołującego, nie wskazuje z góry, że mamy do czynienia z nieuczciwym postępowaniem. (...) Przede wszystkim Zamawiający nie został wprowadzony w błąd żadną informacją, czy oświadczeniem wykonawcy. Dokonując wyboru oferty tego wykonawcy po uprzednim stwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający miał świadomość i wiedzę, że podane w Wykazie osób doświadczenie Kierownika robót dotyczy kierowania robotami przy wiadukcie i obiekcie mostowym (vide s. 5-6 odpowiedzi na odwołanie). W tej sytuacji brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że Przystępujący w postępowaniu działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami oraz wprowadził w błąd Zamawiającego. Co ciekawe Odwołujący formułując tak poważne zarzuty opierał się wyłącznie na niezwyfikowanych przypuszczeniach, co należy ocenić wysoce negatywnie.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 16 ustawy pzp. W okolicznościach sprawy nie ma podstaw do twierdzenia, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp (w zakresie projektanta) Przystępujący nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego i jego wątpliwościami odnośnie spełnienia warunku prawidłowego wykazania wymaganego, minimalnego doświadczenia projektanta. Przystępujący w pełni podziela stanowisko i argumenty Zamawiającego dotyczące tej kwestii, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 czerwca 2024 r. Przystępujący należycie wykazał doświadczenie projektanta. Projekty przygotowane przez Pana R.S.a spełniają warunki określone w SWZ, która przewiduje wykonanie co najmniej dwóch projektów dotyczących, budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości (Rozdział VII. ust. 2 pkt 2.4 lit. b akapit pierwszy SWZ). Okoliczność, że w ramach doświadczenia zawodowego Pana Sęka został wskazany jeden „projekt wykonawczy” i dwa „projekty wykonawcze zamiennie” nie zmienia stanu rzeczy. Zamawiający w wymogach nie określił rodzaju projektu i tym samym nie wykluczył możliwości legitymowania się doświadczeniem zdobytym podczas przygotowania „projektu wykonawczego zamiennego”. Jak wskazano w orzecznictwie: „postanowienia w zakresie warunków udziału (jak i przedmiotu zamówienia) należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną właśnie z uwagi na konieczność zapewnienia ewentualnym oferentom pełnej oceny własnych możliwości udziału w przetargu. Nie jest zatem właściwe stosowanie, w omawianym zakresie,

innej wykładni wymogów zamawiającego niż wykładnia językowa i tylko takie wymagania powinni spełnić oferenci jakie wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ. Dlatego też Sąd Okręgowy nie aprobeuje wywodu skarżącego sprowadzającego się w istocie do twierdzenia, że o wymogach doświadczenia zawodowego decyduje przedmiot zamówienia, a nieściśła redakcja tych wymogów przez Zamawiającego. Sąd Okręgowy podziela natomiast wywód KIO, że skoro Zamawiający jednoznacznie nie określił, że dokumentacja ma obejmować zarówno projekt budowlany jak i wykonawczy to brak jest takiego wymogu w zakresie doświadczenia zawodowego. W konsekwencji brak podstaw do przyjęcia, że wykonawca wybrany złożył nieprawdziwe informacje także składając oświadczenia i dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy” (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 7.10.2008 r., sygn. akt: XXIII GA446 /08). Niezależnie, jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego pisma „INTOP Warszawa” Sp. z o.o. z dnia 26 czerwca 2024 r. projekt zamienny autorstwa Pana R.S.a w ramach inwestycji: „Rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rzece Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z drogą wojewódzką 948 i drogami powiatowymi 4480S i 1456S w miejscowości Porąbka” w formule „optymalizuj buduj” zawierał istotne (znaczące) zmiany i tym samym wszelkie zgłaszane wątpliwości Odwołującego w tym zakresie należy również uznać za bezzasadne.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, oferty Przystępującego, podmiotowych środków dowodowych Przystępującego, tj. Wykazu osób wraz z kopiami uprawnień budowlanych oraz zaświadczeń PIIB dla wykazanych przez Przystępującego osób oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego na okoliczności tam wskazane:

- 1) Pismo z 20.06.2024 r. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad znak: O/OL.D-5.1030.94.2024.AK,
- 2) Pismo z 25.06.2024 r. Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku znak: WPIRI.0142.11.2024.,
- 3) Pismo z 26.06.2024 r. INTOP Warszawa Sp. z o.o. znak: JW/PW/007/24/Most im. R. Siwca w Przemysłu.

Nadto, Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Przystępującego na okoliczności tam wskazane:

- 1) Pismo Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, znak: O/OL.D- 5.0130.98.2024.RŁ z 25.06.2024 r., wraz z załączonymi do tego pisma dziennikami budowy obiektu MS- 4/B (S7) – Tomy I-IV (Zał. 5a - DB 253d.2015 branża mostowa MS-4.B S7 tom I; Zał. 5b - DB 181d.2016 branża mostowa MS-4.B S7 tom II; Zał. 5c - DB 102d.2017 branża mostowa MS-4.B tom III; Zał. 5d cz. 1 - DB 242d.2017 branża mostowa MS-4.B tom IV, Zał. 5d cz. 2 - DB 242d.2017 branża mostowa MS-4.B tom IV),
- 2) Umowa Nr 007/M/2D3P/2015 z 02.11.2015 r. o wykonanie robót budowlano -monażowych/drogowych zawarta pomiędzy Konsorcjum w składzie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie z Vistal Gdynia S.A.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b oraz pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 14 ust 1 ustawy z dnia 16.04.19913 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Pimin pomimo faktu, iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na podaniu w celu uzyskania zamówienia, wbrew prawu oraz dobrym obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w złożonym w trakcie postępowania wykazie osób dot. doświadczenia Kierownika Robót Pana Ł.N..
2. Ewentualnie w przypadku braku uwzględnienia zarzutu opisanego w punkcie pierwszym odwołania - art. 128 ust.1 i 4

Pzp - poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b SWZw odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m oraz Projektanta w zakresie jego doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch projektów dotyczących budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m

3. Art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego.

Nadto, Izba wskazuje na Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b SWZ zgodnie z którym:(...) 2.4. *zdolności technicznej lub zawodowej*:

b) *wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia co najmniej następującymi osobami:*

*Projektant Wymagana liczba osób – 1 Minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - wykonał co najmniej dwa projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m*

*Kierownik robót Wymagana liczba osób – 1 Minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - kierował co najmniej dwiema robotami budowlanymi polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m (...)" Izba przywołuje także Rozdz. IX*

Podmiotowe środki dowodowe. Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia, ust. 3.

Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują, pkt 3.2 SWZ: „wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, uwzględniającego osoby, o których mowa w warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności zawodowej, wraz z informacjami na temat ich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, doświadczenia a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami”.

Dodatkowo, Izba przywołuje złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe, tj. złożony Wykaz osób, gdzie wskazano:

1. Pana R.S. na stanowisko Projektanta wymieniając jego następujące doświadczenie:

1. Projekt wykonawczy budowy nowego mostu drogowego MD-2 w ciągu projektowanej obwodnicy K-K w km 0+332,05 wykonywany w ramach zamierzenia budowlanego: „Zaprojektowanie i wykonanie zadania pod nazwą: Budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna - Koźła w ciągu krajowej nr 40”.

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 90,0 m
- Klasa obciążenia A wg PN-85/B-10030
- Data wykonania projektu: 03.2020 r.

Inwestor/Zamawiający:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu  
ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole

2. Projekt wykonawczy zamiennego wiaduktu drogowego WD-02 wykonywany w ramach zadania: „Budowa nowego wiaduktu drogowego w km 20,860 nad linią kolejową nr 133 Dąbrowa Górnicza Ząbkowice - Kraków Główny Osobowy w miejsce likwidowanego przejazdu w ul. Ciężkowickiej w Jaworznie w km 20,712 linii nr 133

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 70,0 m
- Klasa obciążenia II wg PN-EN 1991-2 (wyższa niż klasa C)
- Data wykonania projektu: 04.2022 r.

Zleceniodawca:

Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o.

ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków

3. Projekt wykonawczy zamienny budowy nowego mostu drogowego nad rzeką Soław miejscowości Porąbka wykonywany w ramach zadania: „Rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rzece Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z drogą wojewódzką 948 i drogami powiatowymi 4480S i 1456S w miejscowości Porąbka”

Parametry obiektu:

- Most łukowy ze stalowym ściągiem i łukiem
- Rozpiętość teoretyczna Lt = 126,0 m
- Klasa obciążenia A wg PN-85/B-10030
- Data wykonania projektu: 05.2023 r.

Zleceniodawca:

Intop Warszawa

ul. Ł.D. 70, 02-968 Warszawa

2. Pana Ł.N. wymieniając jego następujące doświadczenie:

1. Budowa wiaduktu nad torami PKP wraz z budową i rozbudową drogi wojewódzkiej nr 674 w m. Sokółka i niezbędną infrastrukturą techniczną.

Parametry obiektu:

- Przęsła długości - 42 + 58 + 42 m.
- Nośność klasy „A” wg PN-85/S-10030
- Konstrukcja nośna stalowa.

Zamawiający:

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku

2. Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda.

Parametry obiektu:

- Przęsła długości - 200 + 70 + 70 m.
- Nośność klasy "A" wg PN-85/S-10030
- Konstrukcja nośna stalowa.

Zamawiający:

GDDKiA Oddział w Olsztynie.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie zarzut odwołania dotyczący zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 Pzp do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale VII ust. 2 pkt. 2.4 b) SWZ w odniesieniu do Kierownika Robót w zakresie jego doświadczenia w kierowaniu, co najmniej dwiema robotami budowlanymi, polegającymi na budowie, przebudowie lub remoncie mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m. Z kolei, Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonym przed otwarciem posiedzenia oświadczył, że nie wnosi w tym zakresie sprzeciwu. Podtrzymał to oświadczenie na posiedzeniu. W konsekwencji, w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego, z uwagi na brak sprzeciwu Przystępującego, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że co do osoby Pana Ł.N. i jego doświadczenia na wykazanych zadaniach, w szczególności zadania: „Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda” Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Przystępującego.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zasadnie Zamawiający podnosił w swojej odpowiedzi na odwołanie, że z analizy przedstawionego przez Przystępującego wykazu osób w sposób wyraźny wynika, że Przystępujący wskazał na charakter funkcji i uprawnień w ramach poszczególnych inwestycji. Natomiast Odwołujący oparł podniesiony zarzut w odwołaniu wyłącznie na domniemaniu. Niewątpliwie też rolą Zamawiającego jest weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie oświadczeń lub dokumentów określonych w SWZ, co też Zamawiający uczynił.

Nadto, Przystępujący nie ukrywał przed Zamawiającym, że jedno ze wskazanych zadań referencyjnych dotyczy budowy wiaduktu ze stalowym ściągiem i łukiem, to Zamawiający uznał, że oświadczenie to spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się doświadczeniem zawodowym kierownika robót.

Kluczową kwestią dla niniejszego zarzutu jest zadanie referencyjne Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach

budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda i to czy wskazana osoba Pana Ł.N. pełniła na tym zadaniu funkcje kierownika robót mostowych, czy też w tym zakresie wprowadziła Zamawiającego w błąd. Przy czym, Izba podziela stanowisko Zamawiającego oparte o wskazane w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo, zgodnie z którym nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Odrzucenie oferty ze względu na czyn nieuczciwej konkurencji jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w tym zakresie podkreślał w odwołaniu, że faktyczne nabycie doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi może nastąpić jedynie w przypadku gdy dana osoba dokonuje wpisu w dzienniku budowy i zgodnie z przepisami obowiązującego prawa pełni samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Odnośnie pierwszej kwestii niewątpliwie przedłożone przez Przystępującego do jego pisma procesowego dzienniki budowy obiektu MS-4/B (S7) – Tomy I-IV, zawierają m.in. wpisy dokonane przez Pana Ł.N. (jako kierownika robót mostowych) z dni: 04.07.2016 r., 14.07.2016 r., 29.07.2016 r., 22.08.2016 r., 25.08.2016 r., 19.09.2016 r. Odnośnie drugiej kwestii, Odwołujący podważał pełnienie przez Pana Ł.N. samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie zgodnie z przepisami ówczesnie obowiązującymi. W tym zakresie, Odwołujący ignorował tak stanowisko Inwestora (Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) uzyskane przez Zamawiającego: „(...) 1. Pan Ł.N. w ramach inwestycji „Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek, pododcinek „B” od km 9+181,7 do km 18+845, Most MS4 nad Kanalem Pauzeńskim pełnił funkcję kierownika robót mostowych, 2. Obowiązki kierownika robót mostowych przejął w dniu 23.05.2016 r., sprawował je do 18.10.2017r. (...)”, jak i Przystępującego: „(...)1. W ramach realizowanej inwestycji Zamawiający zaakceptował projekt oraz otrzymał kopię umowy podwykonawczej nr 007/M/2D3P/2015 z dnia 2 listopada 2015 r. zawartej pomiędzy Konsorcjum w składzie Budimex S.A. oraz Ferrovial Agroman S.A. (Wykonawca), a firmą Vistal Gdynia S.A. 2. Pan Ł.N. został zgłoszony przez Zamawiającego do organu nadzoru budowlanego jako kierownik robót mostowych na obiekcie MS-4/B (S7). Zgodnie z wiedzą Zamawiającego Pan Ł.N. pełnił rolę kierownika robót z ramienia Podwykonawcy. (...)”, które jednoznacznie potwierdzały okoliczność, że Pan Ł.N. pełnił funkcje kierownika robót mostowych na wykazanym zadaniu. Podobnie, Odwołujący dezawulował znaczenie dla przedmiotu sporu schematu organizacyjnego będącego elementem umowy między Generalnym Wykonawcą a podwykonawcą załączonej przez Przystępującego do jego pisma procesowego (Umowa Nr 007/M/2D3P/2015 z 02.11.2015 r. o wykonanie robót budowlano - monażowych/drogowych zawarta pomiędzy Konsorcjum w składzie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie z Vistal Gdynia S.A.) stał na stanowisku, że osoba wskazana p. Ł.N. była odpowiedzialna za kontrakt cywilno-prawny jako kierownik robót mostowych, ale nie w rozumieniu prawa budowlanego.

Odwołujący podkreślał, że decydujące znaczenie ma to czy osoba Pana Ł.N. została wpisana do Dziennika Budowy jako kierownik robót mostowych na pierwsze stronie tego dziennika powołując się w tym zakresie na obowiązujące w okresie realizacji inwestycji (początek – stan na 2015/2016) rozporządzenie (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia /Dz. U. Nr 108, poz. 953/ regulujące kwestie prowadzenia dziennika budowy i dokonywania w nim wpisów), tj. § 6 ust. 2. Przystępujący z kolei zwracał uwagę na wpis dokonany przez Pana Ł.N., tj. wpis z 04.07.2016 r. (w tomie I), z którego wynika, że Pan Ł.N. w tym dniu przejmuje obowiązki kierownika robót mostowych w zakresie tu wskazanym, podaje w tym miejscu miejsce zamieszkania, adres, nr uprawnień i że ma uprawnienia o specjalności mostowej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń. W ocenie Przystępującego podanie tych danych osobowych jest wystarczające do uznania, iż w tym dniu osoba ta przejęła obowiązki kierownika robót mostowych. Uważał także, że w żadnej mierze przepisy przywołane przez Odwołującego nie nakładają żadnej sankcji na okoliczność tego rodzaju, że taki wpis miał miejsce w tej części dziennika budowy a nie na jego pierwszej stronie. Nie może, w ocenie Przystępującego, z tego wynikać sankcja bezskuteczności. Izba w tym kontekście podnosi, że w wypadku przejścia obowiązków kierownika robót, w tym wypadku mostowych taka informacja nie musi być umiejscowiona na pierwszej stronie dziennika budowy zgodnie z ówczesnie obowiązującymi przepisami (§ 6 ust. 4 przywołanego powyżej rozporządzenia).

Jednocześnie, w ocenie Izby istotna jest dla przedmiotu sporu okoliczność, że jak oświadczył Inwestor (Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie)w swoim piśmie złożonym przez Przystępującego: „Pan Ł.N. został zgłoszony przez Zamawiającego do organu nadzoru budowlanego jako kierownik robót mostowych na obiekcie MS-4/B (S7).” Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie zgodnie, z którym z uwagi na to, że takie zgłoszenie /przekazanie oświadczenia kierownika w tym wypadku robót o przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi)/ nie ma charakteru obligatoryjnego, ale fakultatywne, nie może ono świadczyć o tym, że Pan Ł.N. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Inaczej mówiąc nie ustanawia jego jako osobę pełniącą samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Izba nie przeczy, że 28.06.2015 r. zmieniły się przepisy Prawa Budowlanego w tym zakresie i takie zgłoszenie nie ma takiego charakteru, jak wcześniej.

Zgodnie bowiem z Ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r. poz. 443) zostały zlikwidowane m.in. obowiązki inwestora, polegający na zawiadomieniu organu

nadzoru budowlanego, o zmianie uczestnika procesu budowlanego; obowiązek istniejący od początku obowiązywania ustawy - Prawo budowlane. Od dnia 28 czerwca 2015 r. obowiązek bezzwłocznego zawiadamiania organu o zmianach podmiotowych po stronie osób wykonujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie został zredukowany do sporządzenia oświadczenia o przejęciu obowiązków, dołączanego do dokumentacji budowy. /Art. 44. Prawa Budowlanego: „W przypadku zmiany: 1) kierownika budowy lub kierownika robót, 2) inspektora nadzoru inwestorskiego, 3) projektanta sprawującego nadzór autorski – inwestor dołącza do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków przez osoby wymienione w pkt 1–3”. Obowiązek zawiadamiania organu nadzoru budowlanego został zniesiony w ślad za liberalizacją procedury zawiadomienia o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych (art. 41 ust. 4 p.b.). /art. 41 ust. 4 Prawa Budowlanego: „Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych, dla których wymagane jest pozwolenie na budowę, zgłoszenie budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b i 19a, lub zgłoszenie przebudowy, o której mowa w art. 29 ust. 2 pkt 1b, właściwy organ oraz projektanta sprawującego nadzór nad zgodnością realizacji budowy z projektem, dołączając na piśmie: 1) oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi), a także zaświadczenie, o którym mowa w art. 12 ust. 7”.

Jednocześnie, rzeczywicie wskazuje się według przepisów (/stan prawny na przełom 2015/2016 r./, tj. Prawa Budowlanego (t.j. Dz. U. z 09.02.2016 r., poz. 290), że obowiązek złożenia oświadczenia przez poszczególnych kierowników robót nie powstawał, jeśli na budowie jest także kierownik budowy. Skoro bowiem przedmiotowe oświadczenie po stronie kierownika budowy ma charakter obligatoryjny, to oświadczenie kierowników poszczególnych robót branżowych nie jest niezbędne (można wywieść taki wniosek z art. 42 ust. 4 w związku z art. 41 ust. 4 pkt 2 Prawa Budowlanego). Kierownik budowy odpowiada bowiem za koordynację pracy poszczególnych kierowników i to objęcie przez niego funkcji podlega zgłoszeniu organowi nadzoru budowlanego. Odwołujący podkreślał, że obowiązek składania takich oświadczeń kierowników poszczególnych robót powstawał jedynie, gdy nie był ustanawiany kierownik budowy.

Przy czym, Izba wskazuje, że obowiązek w nowej postaci nadal obarczał Inwestora. Zgodnie z art. 93 pkt 4 Prawa Budowlanego (t.j. Dz. U. z 09.02.2016 r., poz. 290) karalne jest prowadzenie robót budowlanych, choćby na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę i zgodnie z projektem budowlanym, ale bez dołączenia do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków przez kierownika budowy lub kierownika robót, inspektora nadzoru inwestorskiego (jeżeli został nałożony obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego) i projektanta sprawującego nadzór autorski (jeżeli został nałożony obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego). /„Kto przystępuje do budowy lub prowadzi roboty budowlane bez dopełnienia wymagań określonych w art. 41 ust. 4, art. 42, art. 44, art. 45, podlega karze grzywny.”/. Zgodnie, zaś art. 41 ust. 4 Prawa Budowlanego: „Inwestor jest obowiązany zawiadomić o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych (...) właściwy organ (...) dołączając na piśmie: 1) oświadczenie kierownika budowy (robót), stwierdzające sporządzenie planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia oraz przyjęcie obowiązku kierowania budową (robotami budowlanymi) (...)”.

W tym stanie faktycznym Inwestor (Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) jednoznacznie potwierdził okoliczność dokonania takiego zgłoszenia. Należy więc uznać, że wraz ze zgłoszeniem kierownika robót mostowych organowi nadzoru budowlanego (przekazania oświadczenia kierownika w tym wypadku robót mostowych) Pan Ł.N. pełnił samodzielną funkcję techniczną w budownictwie na wykazanym zadaniu. W ocenie Izby, powyższa okoliczność ma charakter przesadzający o tym, że Przystępujący nie oświadczył nieprawdy, ani nie wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie wykazanego doświadczenia Pana Ł.N., a złożenie oferty przez Przystępującego nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Izba podkreśla, że wszystkie zgromadzone dowody, tzn. oba pisma Inwestora (Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie), tak z 20 (złożone przez Zamawiającego), jak i 25.06.2024 r. (złożone przez Przystępującego), umowa Nr 007/M/2D3P/2015 z 02.11.2015 r. (z której wynika, że Pan Ł.N. pełnił rolę kierownika robót mostowych z ramienia podwykonawcy /Vistal Gdynia S.A./, złożona przez Przystępującego, jak i wpis z 04.07.2016 r. (w tomie I Dzienników Budowy, w którym znajduje się wyraźne oświadczenie o przejęciu obowiązków kierownika robót mostowych) dodatkowo potwierdzają charakter doświadczenia, jakie nabył Pan Ł.N. na wykazanym zadaniu (Budowa obiektu mostowego MS4B w ramach budowy drogi ekspresowej S7 Miłomłyn- Olsztynek w m. Ostróda). Przy czym, w ocenie Izby wszelkie ewentualne wątpliwości należy rozstrzygnąć na korzyść Przystępującego z uwagi na formalne zgłoszenie przez Inwestora (Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) Pana Ł.N. jako kierownika robót mostowych organowi nadzoru budowlanego (przekazania oświadczenia kierownika w tym wypadku robót mostowych).

Izba w tym zakresie dodatkowo, wskazuje, że kwestia pełnienia obowiązków kierownika robót mostowych od dnia 23.05.2016 r., do 18.10.2017 r. nie była przez Odwołującego podważana w kontekście rozpoznawanego zarzutu, ani zarzutu kolejnego. Przy czym, Inwestor (Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) w piśmie załączonym przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie potwierdził wskazany czasookres. Nadto, wyraźnie stwierdził, że obowiązki kierownika robót mostowych Pan Ł.N. przejął w dniu 23.05.2016 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba po pierwsze wskazuje, że Zamawiający nie wskazał literalnie rodzaju projektu i tym samym nie wykluczył możliwości legitymowania się doświadczeniem zdobytym podczas przygotowania – projektu wykonawczego zamiennego (Rozdz. VII ust. 2 pkt 2.4 lit. b SWZ zgodnie z którym: „(...) 2.4. *zdolności technicznej lub zawodowej*:

*b) wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował w trakcie realizacji zamówienia co najmniej następującymi osobami:*

*Projektant Wymagana liczba osób – 1 Minimalne kwalifikacje i doświadczenie: - uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności mostowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów - wykonał co najmniej dwa projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu mostu drogowego o konstrukcji nośnej stalowej, klasy min. C i rozpiętości przęsła min. 50 m). Odmienne stanowisko w tym zakresie Odwołującego przedstawione w odwołaniu oraz na rozprawie było interpretacją wymogu Zamawiającego „projekty dotyczące budowy, przebudowy lub remontu”. Należy przy tym wskazać, iż: zastosowane ma wykładnia językowa: „(...) Zgodnie z ustalonymi na gruncie orzecznictwa zasadami wykładni opisu warunku udziału w postępowaniu pierwszeństwo ma wykładnia językowa. Niedopuszczalne jest stosowanie na etapie badania i oceny ofert wykładni rozszerzającej, prowadzącej do stawiania wobec wykonawcy wymagań, które wprost oraz jednoznacznie nie zostały przez zamawiającego zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu. (...)” (za wyrokiem KIO z 09.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1506/21).*

Jednocześnie, należy zgodzić się z argumentacją Przystępującego z rozprawy, że możliwa jest inna interpretacja wymogu Zamawiającego, zgodnie bowiem z tym wymogiem sformułowanym dla projektanta przez Zamawiającego dotyczył on wykonania projektu budowy, przebudowy lub remontu, czyli także remontu. W konsekwencji z uwagi na wskazanie owego remontu należy uznać, że wystarczającym w takim zakresie był projekt wykonawczy, gdyż dla remontu nie jest potrzebny projekt budowlany. Skoro więc wystarczającym byłby projekt wykonawczy to dopuszczalnym byłby również projekt wykonawczy zamienny.

Nadto, Izba wskazuje, że rozstrzygające względem ewentualnych wątpliwości jest pismo z 26.06.2024 r. INTOP Warszawa Sp. z o.o. załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie, z którego wynika, iż zakres prac projektowych był szeroki. Wskazując, iż Pan R.S. opracował projekt wykonawczy zamienny budowy nowego mostu drogowego nad rzeką Soła w miejscowości Porąbka w ramach inwestycji: „Rozbiórka tymczasowej przeprawy mostowej i budowa nowego mostu na rzece Soła wraz z przebudową połączenia drogowego z drogą wojewódzką 948 i drogami powiatowymi 4480S i 1456S w miejscowości Porąbka” w formule „optymalizuj i buduj”, który zawierał m.in. zmiany dotyczące technologii wykonania posadowienia obiektu, dostosowania geometrii przyczółków do przyjętej przez Wykonawcę technologii jego wznoszenia, dostosowania poszczególnych elementów konstrukcji obiektu oraz zmiany przekrojów poprzecznych elementów konstrukcyjnych ustroju niosącego oraz przekroju poprzecznego obiektu do przyjęcia materiałów i przekrojów poprzecznych poszczególnych elementów konstrukcyjnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu trzeciego, Izba uznała, że niniejszy zarzut ma charakter wynikowy względem zarzutu pierwszego i drugiego, w efekcie wobec oddalenia tych zarzutów, oddaleniu podlega również zarzut trzeci.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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:**

.....