

Sygn. akt: KIO 2566/23

## WYROK

z dnia 19 września 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:**Katarzyna Poprawa

**Michał Pawłowski**

**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant:**Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2023 roku

przez wykonawcę PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Hałubcowa 123,  
02-854 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy, ul. Fordońska 6,  
85-085 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy UNITRAK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnie, ul. Strażacka 4, 84-208 Kielno, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2566/23 po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 25 sierpnia 2023 roku, nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy UNITRAK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**.....

.....  
.....

Sygn. akt: KIO 2566/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Zaprojektowanie i budowa ronda w ramach zadania pn.: „Rozbudowa skrzyżowania DK 55

z drogami powiatowymi 1351c i 1357 w m. Mokre”, Nr postępowania: GDDKiA.O.BY.D-3.2411.26.2023.39, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 t.j. ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie zamówień publicznych Nr 2023/BZP 00230376/01 z dnia 24 maja 2023 roku.

W dniu 13 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie - zwanego dalej „Odwołującym”, wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

(1) nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę UNITRAK Sp. z o.o.

z siedzibą w Kielnie („Unitrak”) i w efekcie przyjęcia, że oferta Unitrak, w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert – pkt 21.1.3 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) – „Doświadczenie Kierownika Budowy” winna otrzymać 20 punktów, w sytuacji w której UNITRAK nie wykazał, że dysponuje osobą o wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniu, które uprawniałoby Zamawiającego do przyznania ofercie UNITRAK w przedmiotowym kryterium 20 punktów;

(2) zaniechania wykluczenia UNITRAK z Postępowania w sytuacji, w której UNITRAK przedstawiło informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na przedstawieniu w ofercie, na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanego w pkt 21.1.3. IDW- „Doświadczenie Kierownika Budowy”, osoby, która, wbrew oświadczeniu UNITRAK nie posiada doświadczenia na stanowisku kierownika robót drogowych w ramach zadania wskazanego w Wykazie osób w pozycji 1 i 3 (tj. na zadaniu: „Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1” Nazwa kontraktu: 02\_2D1U-OBWODNICA POŁUDNIOWA GDAŃSKA – WĘZŁ ELBLĄSKA” oraz „Kontynuacja projektowania i budowy c ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy- Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła))”;

(3) uznania, że UNITRAK spełnia warunek udziału, o którym mowa w pkt. 8.2 ppkt 4 lit. a) IDW na skutek zaakceptowania przedłożonego przez UNITRAK zobowiązania podmiotu trzeciego – Zakładu Drogowo-Budowlanego Rogowo M. W Sp. k.

z siedzibą w Lubiczu („Podmiot trzeci”, „ZDBR”), podczas gdy zobowiązanie to nie potwierdza realności udostępnionych zasobów, w tym nie potwierdza, iż udostępnienie zasobów istniało w chwili składania ofert w Postępowaniu;

a w konsekwencji;

(4) zaniechania odrzucenia oferty UNITRAK i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, za którą uznana została oferta złożona przez Unitrak.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty UNITRAK na skutek nieuzasadnionego przyznania mu 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, podczas gdy osoba wskazana przez UNITRAK na to stanowisko (p. P. G.) nie nabyła doświadczenia, o którym mowa w pkt. 21.1.3 IDW, gdyż Pan P. G. nie zajmował stanowiska kierownika budowy ani kierownika robót drogowych w ramach zadania pn.: „Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1” Nazwa kontraktu: 02\_2D1U- OBWODNICA POŁU-DNIOW GDAŃSKA – WĘZŁ ELBLĄSKA” oraz „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy- Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła)”, co powinno było prowadzić do przyznania UNITRAK 0 pkt

w ramach kryterium oceny ofert dot. doświadczenia kierownika budowy;

(2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia UNITRAK z Postępowania i – w konsekwencji – odrzucenia Jego oferty, w sytuacji w której UNITRAK w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd, przedstawiając w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje, iż p. P. G. zdobył doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych w toku realizacji inwestycji pn.: „Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1” Nazwa kontraktu: 02\_2D1U- OBWODNICA POŁU-DNIOWA GDAŃSKA – WĘZŁ ELBLĄSKA” oraz „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy- Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła)”, podczas gdy z oświadczenia Inżyniera Kontraktu tejże inwestycji wynika jednoznacznie, iż p. P. G. pełnił funkcję wyłącznie kierownika robót ziemnych;

(3) art. 123 Pzp poprzez umożliwienie UNITRAK powołania się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert i przedłożenia zobowiązania Podmiotu trzeciego, podczas gdy z treści formularza oferty UNITRAK wynika, iż wykonawca ten zamierzał realizować całość zadania będącego przedmiotem Postępowania siłami własnymi, zaś samo zobowiązanie Podmiotu trzeciego wystawione zostało po terminie składania ofert (po wystosowaniu wezwania

do Unitrak) i z jego treści nie wynika, że podmiot trzeci udostępniał swoje zasoby w momencie składania ofert; ewentualnie, na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż doszło do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego na etapie składania oferty w Postępowaniu

(4)art. 118 ust. 1 - 4 Pzp wzw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unitrak, podczas gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2 ppkt 4 lit.

a) IDW, gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami Podmiotu trzeciego, albowiem z treści zobowiązania Podmiotu trzeciego nie wynika, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów, w szczególności brak jest informacji o sposobie i zakresie udostępnianych zasobów (ani z tego zobowiązania, ani z żadnego innego dokumentu nie wynika, że podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane są jego zdolności);

a w konsekwencji powyższego;

(5)art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2)dokonania ponownego badania i oceny ofert;

(3)uznania powołania się na zasoby Podmiotu trzeciego za bezskuteczne z uwagi na ich spóźniony charakter;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, iż doszło do powołania się na zasoby Podmiotu trzeciego na etapie składania oferty w Postępowaniu

(4)uznanie powołania się na zasoby podmiotu trzeciego za bezskuteczne z uwagi na ich fikcyjny charakter, niepotwierdzający realności udostępnienie zasobów;

(5)odrzućcenie oferty UNITRAK z Postępowania oraz wykluczenie UNITRAK z Postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Izba uznała, iż nie istnieją podstawy do wykluczenia UNITRAK- z Postępowania;

(6)przyznanie w ramach powtórzonej czynności oceny i badania ofert 0 punktów ofercie UNITRAK w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w 21.1.3. IDW

ewentualnie, tj. na wypadek, w którym Izba uznałaby, że nie istnieją podstawy do przyznania UNITRAK0 punktów w ramach kryterium, o którym mowa w pkt. 21.1.3. IDW

(7)przyznanie w ramach powtórzonej czynności oceny i badania ofert 10 punktów ofercie UNITRAK w ramach kryterium oceny ofert wskazanego w 21.1.3. IDW.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, oraz 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 wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, doszłoby do odrzucenia oferty UNITRAK i wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania lub chociażby sklasyfikowania UNITRAK na niższej pozycji listy rankingowej, co wówczas umożliwiłoby uzyskanie zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi Postępowanie, przedmiotem którego jest zaprojektowanie i budowa ronda w ramach zadania pn.: „Rozbudowa skrzyżowania DK55 z drogami powiatowymi 1351C i 1357 w m. Mokre”.

W ramach warunków udziału dot. kadry wykonawcy Zamawiający w pkt 8.2 ppkt 4) lit. b) („Warunek udziału”) wskazał wymogi, jakie powinna spełniać osoba skierowana przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcę na stanowisku Kierownika Budowy:

Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert pozwalających wykonawcom zdobyć dodatkowe punkty było doświadczenie osoby skierowanej na stanowisko Kierownika Budowy. Aby zdobyć dodatkowe punkty osoba skierowana na stanowisko Kierownika Budowy powinna była wykazać się zmnożonym doświadczeniem zawodowym odpowiadającym wymogom z Warunku udziału zgodnie z poniższymi zasadami:

Unitrak, w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach wskazanego kryterium, przedstawił następujące inwestycje:

1)„Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1” Nazwa kontraktu: 02\_2D1U- OBWODNICA POŁUDNIOWA GDAŃSK/ WĘŻEŁ ELBLĄSKA” („Zadanie BTS”);

2)„Budowa linii tramwajowej w ramach zadania BiT City 1 i 6 w Toruniu”;

3)„Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy- Bydgoszcz – granica

województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła)” („Zadanie S5”).

W ramach każdej z powyższych inwestycji, UNITRAK wskazał że p. G. pełnił na nich funkcję kierownika robót drogowych.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający, pismem z dnia 14 lipca 2023 r., na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, zwrócił się do UNITRAK z wezwaniem do wyjaśnień. W ramach tego wezwania Zamawiający wskazał, że z informacji przez Niego posiadanych wynika, że p. P. G. nie występuje w dziennikach budowy obejmujących Zadanie BTS oraz Zadanie S5 (tj. nie został w nich wskazany jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Drogowych).

W odpowiedzi na powyższe wezwania, UNITRAK przedłożył dwa oświadczenia:

1)dot. zadania BTS:

2)dot. zadania S5:

Pismem z dnia 25 lipca 2023 r. Zamawiający wystosował do UNITRAK kolejne wezwanie, w którym wezwał UNITRAK do doprecyzowania funkcji, jaką pełnił p. P. G. na Zadaniu BTS (z oświadczenia nie wynika czy jest to funkcja kierownika robót drogowych).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, UNITRAK przedłożył zaświadczenie Budimex S.A., które miało z założenia doprecyzowywać funkcję, jaką pełnił p. G. na Zadaniu TBS:

Jak wynika z powyższego, Zamawiający dokonał błędnej oceny doświadczenia p. G..

Po pierwsze, jak sam zauważył (pismo z dnia 14 lipca 2023 r.) p. G. nie był wpisywany do dzienników budowy ani w ramach Zadania BTS, ani Zadania S5).

Po drugie - z treści obu oświadczeń jednoznacznie wynika, iż p. G. nie pełnił funkcji wymaganej warunkiem udziału w Postępowaniu (a więc również opisanej w kryterium oceny ofert). Zamawiający, w sposób nieprawidłowy przyznał UNITRAK maksymalną liczbę punktów w analizowanym kryterium oceny ofert.

Odrębną grupą zarzutów związaną z ofertą UNITRAK są zarzuty nawiązujące do udostępnionych UNITRAK zasobów Podmiotu trzeciego.

UNITRAK w formularzu ofertowym wskazał, iż całość zamówienia UNITRAK zamierza wykonać siłami własnymi:

Do oferty nie zostało załączone zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia potencjału (ani żaden inny dokument, z którego to udostępnienie mogłoby wynikać). W toku badania i oceny ofert, Zamawiający pismem z dnia 14 lipca 2023 r. skierował do UNITRAK wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. ZDBR. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że wiedzę o udostępnieniu zasobów Zamawiający powziął z „Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu”, gdzie UNITRAK wskazał, że polega na zdolnościach tego Podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na wezwanie, UNITRAK przedłożył zobowiązanie ZDBR, które podpisane zostało 18 lipca 2023 r. (po terminie składania ofert).

W treści zobowiązania Podmiotu trzeciego brak jest jednak informacji (i) w jakim zakresie ZDBR udostępnia swoje zasoby UNITRAKT; (ii) w jaki sposób i na jaki okres nastąpi udostępnienie zasobów; (iii) jakie roboty budowlane zrealizuje ZDBR.

Jak zostanie wykazane, w zakresie oferty UNITRAK nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego.

## **UZASADNIENIE PRAWNE**

Osoba skierowana na stanowisko Kierownika Budowy nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego

Aby uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert w Postępowaniu wykonawcy mogli przedstawić osobę o odpowiednim doświadczeniu zawodowym – doświadczeniu uzyskanym na stanowisku Kierownika Budowy bądź Kierownika Robót Drogowych. Oba przywołane stanowiska w praktyce generują określone skutki. Z faktycznym podjęciem pełnienia obowiązków kierownika budowy bądź kierownika robót drogowych mamy do czynienia w momencie wpisu danej osoby do dziennika budowy na przedmiotowym stanowisku. Ma to swoje szerokie uzasadnienie – w chwili wpisu kierownika budowy czy też kierownika robót drogowych do dziennika budowy, przejmuje (ponosi) on odpowiedzialność za wszelkie szkody, które będą miały miejsce z uwagi na nierzetelną kontrolę prowadzonych prac budowlanych czy niedbałą analizę dokumentacji technicznej. Obarczenie takiej osoby odpowiedzialnością za częściową realizację robót, co jasne, wiąże się z pewnego stopnia formalizmem i przewidzianą ku temu procedurą nałożoną przez przepisy prawa.

Immanentne powiązanie odpowiedzialności kierownika budowy z pełnieniem w związku

z tym faktycznych funkcji, co powiązane jest z dokonaniem w tym przedmiocie wpisu do dziennika budowy, zostało dostrzeżone przez KIO, tak przykładowo w wyroku z dnia 27 lipca 2018 r.: „Zgodnie z art. 45 ust. 2 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. Wyłącznie osoby formalnie pełniące przy wykonywaniu robót budowlanych samodzielne funkcje techniczne, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. 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”.*( Sygn. akt KIO 1399/18).

Powyższe znalazło również zwięzłe, acz dobitne potwierdzenie w wyroku Izby z dnia 30 sierpnia 2018 r. Sygn. akt KIO 1635/18: „Do możliwości wykazywania się doświadczeniem w pełnieniu określonych funkcji technicznych w budownictwie konieczne jest dopełnienie obowiązków przewidzianych w ustawie Prawo budowlane, takich jak np. wpis do dziennika B.”.

W ocenie Odwołującego, postanowienia SWZ w zakresie zarówno warunków udziału, jak i kryteriów oceny ofert pozostawały jasne i dotyczyły doświadczenia zdobytego w ramach określonego stanowiska – Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z postanowieniami SWZ niewystarczające jest doświadczenia

w kierowaniu robotą budowlaną o wskazanych w Warunku udziału parametrach. Zamawiający oczekiwał, aby personel wykonawcy legitymował się doświadczeniem na konkretnie oznaczonych stanowiskach. Z powyższego wyprowadzić należy wniosek, iż samo zaangażowanie danej osoby w inwestycję to za mało, aby wykazać się odpowiednim doświadczeniem zawodowym (nie jest wystarczające oświadczenie o udziale danej osoby w procesie inwestycyjnym, jeśli brak jest wzmianki o pełnieniu przez nią odpowiedniego stanowiska w dzienniku budowy). W świetle postawionego Warunku udziału oczywistym jest, że Kierownik budowy bądź kierownik robót drogowych powinien wykazać się doświadczeniem zdobytym na tożsamym stanowisku Kierownika budowy lub kierownika robót drogowych

(z przypisanymi obowiązkami, o których mowa w art. 22 Prawa budowlanego i następnych). Trudno jednocześnie wyobrazić sobie sytuację, aby na inwestycji budowlanej występowali „dublerzy” kierownika budowy bądź kierownika robót drogowych, którzy posługiwaliby się takimi tytułami przy jednoczesnym uniknięciu obowiązku wpisu do Dziennika Budowy, który niesie za sobą daleko idące obowiązki faktyczne, jak i prawne. Nie jest więc wystarczające posiadanie samego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bez jednoczesnego pełnienia danego stanowiska w rozumieniu Prawa budowlanego.

Tymczasem jak wynika z samej treści samego wezwania Zamawiającego do UNITRAK, wskazany przez wykonawcę p. P. G. nie figuruje w dziennikach budowy ani Zadania BTS ani Zadania S5. Skoro zatem p. P. G. nie wpisywał się do dzienników budów poszczególnych inwestycji, to nie sposób uznać już na tej podstawie by rzeczywiście nabył doświadczenia na stanowisku kierownika budowy bądź kierownika robót drogowych.

Ponadto odnieść należy się do Zadania S5, na którym p. G. miał rzekomo zyskać doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Drogowych (takie stanowisko zostało wskazane przez UNITRAK w treści wykazu osób). O tym, że UNITRAK nie potwierdził,

iż p. G. spełnia wymogi Zamawiającego świadczy dokument, który UNITRAK przedłożył Zamawiającemu wraz wyjaśnieniami z dnia 21 lipca 2023 r., z którego wprost wynika,

że p. G. w trakcie realizacji Zadania S5 „brał czynny udział” jako kierownik robót ziemnych.

W ocenie Odwołującego trudno zatem znaleźć podstawę do akceptacji takiego doświadczenia, podczas gdy Zamawiający wprost w SWZ wskazał, iż wymaga doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych. Zupełnie zero-jedynkowa ocena oświadczeń UNITRAK i ich przyrównanie do wymogów SWZ prowadzić powinna

- do wniosku, iż UNITRAK nie potwierdził, aby p. G. zdobył wymagane doświadczenie.

Analogicznie przedstawia się ocena doświadczenia p. G. na Zadaniu TBS.

Z treści wszystkich dokumentów przedłożonych przez UNITRAK w toku Postępowania nie sposób powziąć wiedzę, na jakim dokładnie stanowisku doświadczenie zdobył p. G.

(i czy było to doświadczenie zgodne z wymogami SWZ). UNITRAK, nawet po wezwaniu Go przez Zamawiającego do doprecyzowania pierwotnie przedłożonego oświadczenia (gdzie spółka MGGP oświadczyła, że p. G. był kierownikiem robót), nie wywiązał się z tego obowiązku doprecyzowania – czy p. G. pełnił funkcję Kierownika budowy czy Kierownika

robót drogowych. Wyjaśnienia oparto ponownie na ogólnym zaświadczeniu o pełnieniu funkcji kierownika robót.

Trudno zatem przyjąć decyzję Zamawiającego, w ramach której zaakceptował obie

z opisywanych inwestycji i przyznał wykonawcy 20 punktów w ramach doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko Kierownika budowy, podczas gdy p. G. nie nabył odpowiedniego doświadczenia na żadnej z tych inwestycji. W tej sytuacji wydaje się przy tym nie budzić wątpliwości, że wobec UNITRAK wystąpiła podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Niebagatelne znaczenie w kontekście składanych przez UNITRAK oświadczeń w toku całej dotychczasowej procedury ma fakt, iż całokształt zdarzeń prowadzić powinien

do wniosku, iż UNITRAK swoim zachowaniem doprowadził do wprowadzenia Zamawiającego

w błąd (doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd). UNITRAK w złożonym przez siebie (i samodzielnie wypełnionym) wykazie osób, wskazał, iż p. G. na każdym zadaniu pełnił funkcję kierownika robót drogowych. Jak zaś wynika z przebiegu całej procedury wyjaśniającej (i złożonych oświadczeń Unitrak), funkcji tej z pewnością nie pełnił na Zadaniu S5. UNITRAK przedstawił zatem Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, które – w wyniku przyznania temu Wykonawcy dodatkowych punktów – miały istotny wpływ na decyzję Zamawiającego. Zamawiający dokonał bowiem wyboru oferty UNITRAK.

Jak wynika z orzecznictwa Izby „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania”. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanym przepisie, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały/nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości tak było/nie było. Oczywiście jest przy tym, że do takiego stanu doprowadzić musi swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2017 r. Izba stwierdza: „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy” Sygn. KIO 576/17.

Aby spełniona mogła zostać przesłanka wykluczenia opisana w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wystąpić kumulatywnie muszą następujące przesłanki:

- 1) wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje nieprawdziwe;
- 2) działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy;
- 3) działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Analiza dotychczasowego przebiegu Postępowania i oświadczeń złożonych przez UNITRAK prowadzi do wniosku, iż wszystkie te przesłanki spełniły się.

Po pierwsze, niesporna pozostaje okoliczność przedstawienia przez UNITRAK informacji nieprawdziwych – UNITRAK w wykazie osób wskazuje konsekwentnie, iż p. G. posiada doświadczenie na stanowisku Kierownika robót drogowych, podczas gdy z oświadczenia

z dnia 19 lipca 2023 r. wydanego przez spółkę MGGP jednoznacznie wynika, iż p. G. „brał czynny udział” w Zadaniu S5 jako kierownik robót ziemnych. Warto dodatkowo dostrzec,

iż nawet w poprawionym wykazie osób, złożonym już po przedłożeniu Zamawiającemu oświadczenia, z którego wynika, iż p. G. brał udział w realizacji Zadania jako kierownik robót ziemnych, UNITRAK niezmiennie przedstawia informację nieprawdziwą (wskazuje,

że p. G. zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót drogowych). Nie ulega więc wątpliwości, że UNITRAK przedstawił Zamawiającemu informację nieprawdziwą.

Do analogicznych wniosków dojść należy w zakresie oświadczenia dot. doświadczenia

na Zadaniu BTS – UNITRAK w wykazie osób wskazuje, iż p. G. zdobył doświadczenie na stanowisku Kierownika robót drogowych, tymczasem okoliczność ta nie wynika

ani z oświadczeń podmiotów na rzecz których prace realizował p. G., ani z dziennika budowy tejże inwestycji.

Po drugie, działania UNITRAK charakteryzuje lekkomyślność lub niedbalstwo.

W doktrynie wyjaśnia się, że z lekkomyślnością mamy do czynienia, gdy wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie. Niedbalstwo ma zaś miejsce wówczas, gdy wykonawca podaje nieprawdziwe informacje, nie zdając sobie z tego sprawy M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, teza nr 14 do art. 109.

Zachowanie UNITRAK jawi się co najmniej jako przejaw niedbalstwa wyrażający się tym, że ww. wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu, weryfikacji

i przedstawieniu informacji, które następnie przedstawił Zamawiającemu w wykazie osób. UNITRAK wskazał, że p. G. ma doświadczenie jako kierownik robót drogowych, podczas gdy ze złożonych oświadczenia jednoznacznie wynika, iż doświadczenie takie nie zostało nabyte.

Po trzecie, w ocenie Odwołującego w odniesieniu do UNITRAK spełniona jest również ostatnia z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Na gruncie ww. przepisu wykluczenie winno nastąpić już w wyniku podania wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Świadczy o tym użycie sformułowania „co mogło mieć wpływ”. Nie ulega również i w zakresie tej przesłanki wątpliwości, iż przedstawienie przez UNITRAK nieprawdziwej informacji miało wpływ

na istotne decyzje Zamawiającego. Zamawiający na bazie oświadczeń UNITRAK przyznał temu wykonawcy dodatkowe punkty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert,

co doprowadziło do wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W świetle powyższych ustaleń, dojść należy do wniosku, iż UNITRAK swoim działaniem wyczerpał znamiona przesłanki wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

## **2. Nieskuteczne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego**

Udostępnienie zasobów Podmiotu trzeciego nastąpiło po złożeniu ofert – niezgodnie z art. 123 Pzp

W punkcie 5. formularza oferty UNITRAK zaznaczył, iż zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi. Oświadczenie takie jest dla wykonawcy wiążące. Wynika to wprost z normy prawnej wyrażonej w art. 123 Pzp, zgodnie z którą: „Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać

się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.”

Powyższe oznacza, że wykonawca, który oświadczył, iż zamierza samodzielnie wykonać zamówienie, nie może następnie – już po terminie składania ofert – powoływać

się na zasoby podmiotu trzeciego. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku wykonawcy UNITRAK. Takie działanie jest również krytycznie oceniane przez orzecznictwo. Tytułem przykładu zacytować można wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2021 r. Sygn. KIO 3570/21, gdzie wskazano: „W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. W tym celu winien złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego. Brak złożenia takiego zobowiązania skutkuje utratą możliwości powołania się w toku postępowania na zasoby podmiotów trzecich.”

Datą graniczną, do której można się powołać na zasoby podmiotu trzeciego jest zatem termin składania ofert w postępowaniu. Z tego powodu nie może zostać uznane za skuteczne uzupełnienie zobowiązania przez UNITRAK. Jest ono bowiem datowane na dzień 18 lipca 2023 r., z kolei termin składania ofert upłynął w dniu 20 czerwca 2023 r. Prowadzić to musi

do wniosku, że na dzień składania ofert UNITRAK nie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Potwierdza to również stanowisko wyrażone przez KIO w wyroku z 16 października 2019 r. Sygn. KIO 1941/19. „nie ulega jednak wątpliwości, że treść uzupełnionych oświadczeń powinna wskazywać spełnianie przez wykonawcę (samodzielnie bądź przy udziale podmiotu trzeciego) warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia zgodnie z regułą wyrażoną w art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń „zwykłych”, a także zobowiązań podmiotów trzecich (art. 22a ustawy Pzp),

na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia

lub zobowiązania powinny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków. Oznacza to, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków.”

Zatem nawet zobowiązanie przedkładane na wezwanie zamawiającego musi potwierdzać,

że już w dniu upływu terminu składania ofert wykonawca dysponował niezbędnymi zasobami. W przypadku zaś zobowiązania przedłożonego przez UNITRAK z treści dokumentu nic takiego nie wynika. W połączeniu z oświadczeniem o zamiarze wykonania zamówienia siłami własnymi prowadzić to musi do konkluzji, że UNITRAK nie dysponował niezbędnymi zasobami w chwili składania oferty w Postępowaniu.

## **2 Brak realności (rzeczywistego dostępu) do zasobów Podmiotu trzeciego.**

W dalszej kolejności wskazać należy, że nawet abstrahując od kwestii terminowości złożenia przedmiotowego zobowiązania podmiotu trzeciego (zobowiązanie podpisane zostało

po terminie składania ofert co podważa wiarygodność dysponowania tymi zasobami przez UNITRAK w chwili składania oferty) i tak nie sposób uznać, by udostępnienie zasobów było skuteczne.

W zakresie wymaganej treści zobowiązania podmiotu trzeciego sięgnąć trzeba do art. 118 ust. 4 Pzp, który stanowi:

„Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza,

że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

Analizując treść zobowiązania podmiotu trzeciego – ZDBR – które UNITRAK przedłożył

w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, stwierdzić trzeba, że w żaden sposób

nie odpowiada ono zakresowi informacji, jakie powinno zawierać zgodnie z wyżej cytowanym

art. 118 ust. 4 Pzp.

Podmiot trzeci wskazał w pkt. a), iż zakres udostępnianych Wykonawcy zasobów to: „zdolności techniczne – referencje”.

W sposób oczywisty sformułowanie to nie mówi nic na temat tego, jakie zasoby i w jakim zakresie zostaną faktycznie udostępnione wykonawcy UNITRAK.

Dalej, w pkt. b) wskazano, że sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystywania zasobów podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia to: „zdolności techniczne – referencje”. Takie uzupełnienie tego punktu uniemożliwia ustalenie sposobu udostępnienia zasobu – referencje nie mogą być wszakże uznane za taki sposób. Nie wiadomo też w jakim okresie zasoby będą udostępniane – tu bowiem należałoby wskazać np. zakres dat lub inne określenie czasu, czego Podmiot trzeci nie uczynił.

W pkt. c) natomiast ZDBR powinien wyartykułować w jakim zakresie wykona roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby. Zamiast tego, również w tym punkcie napisał: „zdolności techniczne – referencje”.

Dostrzec więc należy, że z zobowiązania Podmiotu trzeciego nie sposób wywieść jaki zasób, w jakim zakresie i na jak długo udostępnia on wykonawcy UNITRAK swoje zasoby.

Na podstawie analizowanego zobowiązania nie sposób również poznać wiedzy jakie roboty podmiot ten wykona.

Analiza zobowiązania przedłożonego przez UNITRAK prowadzi do wniosku,

iż w Postępowaniu doszło do fikcyjnego (pozornego) udostępnienia zasobów. Pozorne udostępnianie zasobów nie znajduje aprobaty w orzecznictwie KIO. Jak wskazała Izba

w wyroku z 19 kwietnia 2022 r. o Sygn. KIO 892/22 „Dyspozycja art. 118 ust. 4 ustawy Pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów

w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony.” W zupełnej opozycji do tego stoi przedłożone zobowiązanie, z którego ww. okoliczności w żaden sposób nie wynikają.

Podobnie w wyroku z 4 marca 2021 r. Sygn. KIO 442/21 czytamy: „w pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp11 wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępniał swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu

i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym -

w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych.”

W niniejszym stanie faktycznym mamy natomiast do czynienia właśnie z takim pozornym udostępnieniem zasobów. Sformułowanie „zdolności techniczne – referencje” nie wskazuje jakie roboty zamierza wykonać Podmiot trzeci. Wobec powyższego uznać należy,



że nie doszło do skutecznego udostępnienia niezbędnych wykonawcy UNITRAK zasobów.

W konsekwencji tego UNITRAK nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlegać powinna odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp.

W dniu 1 września 2013 roku do postępowanie odwoławczego zgłosił przystąpienie

po stronie Zamawiającego wykonawca UNITRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Kielniezwany dalej jako „UNITRAK”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 13 września 2023 rokułożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie i pisemnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia

oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę: UNITRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Kielnieo udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), Tom I Instrukcja dla wykonawców (IDW), Rozdział 1 pkt 6 . Przedmiot Zamówienia Zamawiający wskazał:

6.1. Przedmiotem zamówienia jest:

(...)

Realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie Kodeks cywilny (Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2022 poz. 1360), ustawie Prawo zamówień publicznych (Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) i ustawie Prawo budowlane (Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.) .

*Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania usług projektowych oraz robót budowlanych zgodnie z prawem polskim, w szczególności z przepisami techniczobudowlanymi, przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz przepisami dotyczącymi wyrobów, materiałów stosowanych w budownictwie.*

W ramach kryteriów oceny ofert, w SWZ, Tom I Instrukcja dla wykonawców (IDW), Rozdział 1 w pkt 21.1.3. Zamawiający ustanowił kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” [D], określając, że:

*Punkty zostaną przyznane w skali punktowej do **20 punktów** za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy na podstawie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria Pozacenowe”.*

*Wymagane doświadczenie:*

*Doświadczenie przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont drogi klasy min. G, o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł netto,*

*na stanowisku/stanowiskach: Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych*

*Liczba punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” zostanie przyznana następująco:*

- za 1 zadanie potwierdzające powyższe wymagania – **0 pkt**,*
- za 2 zadania potwierdzające powyższe wymagania – **10 pkt**,*
- za 3 lub więcej zadań potwierdzających powyższe wymagania – **20 pkt**,*
- za niewykazanie zadań potwierdzających powyższe wymagania Wykonawca otrzyma **0 pkt**,*
- za zadanie, które nie potwierdza spełniania powyższych wymagań Wykonawca otrzyma **0 pkt**.*

*Uwagi związane z opisem warunku dotyczącym funkcji Kierownika budowy mają zastosowanie przy wykazywaniu zadań w przedmiotowym kryterium.*

W treści SWZ Tom I Instrukcja dla wykonawców (IDW), Rozdział 1, w pkt 9 Przesłanki Wykluczenia Wykonawców, ppkt 9.2.4) Zamawiający przewidział fakultatywną podstawę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Wykonawca UNITRAK złożył ofertę, w ramach której w pkt 5 dotyczącym podwykonawstwa zaznaczył opcję o treści: *Zamierzamy wykonać zamówienia siłami własnymi.*

Wykonawca UNITRAK wraz z ofertą złożył wypełniony Formularz 2.2. – Kryteria Pozacenowe, którego wzór stanowił załącznik do IDW. Wykonawca w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” wskazał p. P. G., powołując się na jego doświadczenie zdobyte w ramach realizacji następujących zadań:

1.nazwa zadania: Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1, (dalej jako Zadanie 1)

- zadanie obejmowało budowę drogi klasy GP,
  - wartość zadania: 227.927.416,00 zł,
  - nazwa inwestora dla zadania: Miasto Gdańsk,
  - w ramach zadania wskazana osoba zdobyła doświadczenie na stanowisku /stanowiskach: **kierownik robót drogowych;**
- 2.(...);

3.nazwa zadania: Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz – granica województwa kujawsko-pomorskiego

i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła), (dalej jako Zadanie 3)

- zadanie obejmowało budowę drogi klasy S,
- wartość zadania: 359.434.109 zł,
- nazwa inwestora dla zadania: GDDKiA oddział Bydgoszcz,
- w ramach zadania wskazana osoba zdobyła doświadczenie na stanowisku /stanowiskach: **kierownik robót drogowych.**

Wraz z ofertą Wykonawca UNITRAK złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu

i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (Formularz 3.1), w którym w pkt 4 złożył oświadczenie o treści: *„oświadczamy/-my, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, polegam na zdolnościach następujących podmiotów udostępniających zasoby: Zakład Drogowo Budowlany Rogowo M. W. Spółka Komandytowa, w następującym zakresie: pkt 8.2., podpunkt 4,a”.*

Izba ustaliła, że w dniu 14 lipca 2023 roku Zamawiający otrzymał od Odwołującego pismo informujące o wątpliwości co do doświadczenia p. P. G. w zakresie zadań wskazanych w Formularzu 2.2. jako Zadanie 1 i Zadanie 3.

Do pisma załączone zostały dokumenty, które wskazywały, że nazwisko Pana G nie występowało w żadnym z dzienników budowy.

Inwestorem dla Zadania 3 był Zamawiający, tj. Oddział GDDKiA w Bydgoszczy.

Pismem z 14 lipca 2023 roku Zamawiający wystąpił do wykonawcy UNITRAK z prośbą o wyjaśnienie powyższej rozbieżności.

Wykonawca UNITRAK, wraz z pismem z dnia 21 lipca 2023 roku złożył następujące dokumenty:

- 1.oświadczenie (bez daty) kierownika kontraktu - dla zadania „Połączenie dróg krajowych – Trasa Sucharskiego. Zadanie 1.Odcinek Obwodnica Południowa Gdańska – Węzeł Elblaska”, zgodnie z którym, P. G. brał czynny udział w ww. zadaniu w okresie od 01.2012 do 05.2012 wykonując zadania kierownika robót,
- 2.pismo z dnia 19 lipca 2023 roku podpisane przez Inżyniera Kontraktu Lesława Szczepaniaka, w którym zaświadcza on, że P. G. brał czynny udział w zadaniu „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” (bez węzła)” w okresie od 02.2021 roku do 04.2022 roku jako Kierownik robót ziemnych firmy „Imkop” będącym zatwierdzonym Podwykonawcą przez GDDAKA o/Bydgoszcz na przedmiotowej inwestycji.

Izba ustaliła również, że dla zadania „Kontynuacja projektowania i budowy drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego

i wielkopolskiego na odcinku od węzła „Białe Błota” (bez węzła) do węzła „Szubin” o długości około 9,7 km – Odcinek 5”

p. P. G. złożył w dniu 18 sierpnia 2021 roku oświadczenie o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych

Pismem z dnia 25 lipca 2023 roku na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę UNITRAK do doprecyzowania funkcji jaką pełnił p. P. G. na zadaniu:

1. Budowa Trasy Sucharskiego. Zadanie 1.

W odpowiedzi z dnia 27 lipca 2023 roku wykonawca UNITRAK przedłożył pismo Budimex S.A z siedzibą w Warszawie z dnia 25 lipca 2023 roku, stanowiące zaświadczenie że p. P. G. był zatrudniony na stanowisku Kierownika Robót od dnia 2006/10/01 do dnia 2016/07/31 na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony. W okresie 2011/07/01 – 2012/04/30 pełnił funkcję Kierownika Robót na kontrakcie 02\_2D1U – Obwodnica Południowa Gdańska – Węzeł Elbląska.

Pismem z dnia 14 lipca 2023 roku, na podstawie art. 128 ust.1 Pzp Zamawiający wezwał wykonawcę UNITRAK do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby

tj. Zakładu Drogowo Budowlanego Rogowo M. W. Spółka Komandytowa

do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu.

W odpowiedzi UNITRAK złożył zobowiązanie podmiotu: Zakład Drogowo Budowlany Rogowo M. W. sp. komandytowa, Rogowo 23, 87-162 Lubicz do udostępnienia zasobów technicznych.

Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę UNITRAK Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy pkt. 5 Formularza Oferta dotyczącym podwykonawstwa (w którym Wykonawca wskazał, że zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi), a zobowiązaniem podmiotu trzeciego, który świadczy o tym, że Wykonawca będzie korzystał z podwykonawstwa, gdyż podmioty wspierające wykonawcę muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 21 lipca 2023 roku wykonawca UNITRAK

Sp. z o.o. oświadczył, że w ofercie omyłkowo zostało zaznaczone, że wykona zamówienie siłami własnymi. Oświadczył również, że firma Zakład Drogowo Budowlany Rogowo M. W. będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca i będzie dostarczać mieszanki mineralno-asfaltowe oraz wykonywać prace związane z ułożeniem nawierzchni z wyżej wymienionych materiałów.

W dniu 25 sierpnia 2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę UNITRAK Sp. z o.o. z siedzibą w Kielnie.

#### **Izba zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty UNITRAK na skutek nieuzasadnionego przyznania mu 20 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Kierownika Budowy”, podczas gdy osoba wskazana przez UNITRAK na to stanowisko, nie nabyła wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei, stosownie do treści art. 242 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą one mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Zamawiający ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert: „Doświadczenie Kierownika budowy”, w ramach którego wykonawca mógł maksymalnie uzyskać 20 pkt

(3 lub więcej zadań potwierdzających wymagane doświadczenie), za doświadczenie osoby skierowanej do pełnienia funkcji Kierownika budowy, przy realizacji zadania obejmującego budowę lub przebudowę lub remont drogi klasy min. G, o wartości nie mniejszej

niż 5 000 000,00 zł netto na stanowisku/stanowiskach: Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych. Punkty w ramach kryterium miały być przyznawane na podstawie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria Pozacenowe”.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający wymagał doświadczenia zdobytego

na określonym stanowisku, a co za tym idzie fakt zajmowania takiego stanowiska jest kluczowy dla oceny, czy doświadczenie danej osoby spełnia wymagania Zamawiającego i uzasadnia przyznanie dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Istotne jest zatem ustalenie jak zgodnie z treścią warunków zamówienia należało rozumieć doświadczenie zdobyte

na stanowisku/stanowiskach kierownika budowy lub kierownika robót drogowych.

W dokumentacji postępowania zamawiający zaznaczył, że realizacja zamówienia podlega prawu polskiemu, w tym w szczególności ustawie Kodeks cywilny, ustawie Prawo zamówień publicznych i ustawie Prawo budowlane. Wykonawca będzie zobowiązany

do wykonania usług projektowych oraz robót budowlanych zgodnie z prawem polskim,

w szczególności z przepisami techniczno-budowlanymi, przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz przepisami dotyczącymi wyrobów, materiałów stosowanych w budownictwie.

Jeżeli więc Zamawiający wymagał realizacji zamówienia zgodnie m.in. z prawem budowlanym, to w ocenie Izby wymagania dotyczące pełnienia obowiązków

na stanowisku/stanowiskach kierownika budowy, czy też kierownika robót drogowych, należy wyklądać w rozumieniu Prawa budowlanego. Zgodnie z art. 42 ust. 4 ustawy Prawo budowlane (obowiązującej na dzień wykonania Zadania 1 i 3, na które powołuje się UNITRAK), przy prowadzeniu robót budowlanych, do kierowania którymi jest wymagane przygotowanie zawodowe w specjalności techniczno-budowlanej innej niż posiada kierownik budowy, inwestor jest obowiązany zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności. Ustanowienie kierownika budowy/robót musi być zarejestrowane w dzienniku budowy w formie odpowiedniego wpisu (§6 ust. 2 rozporządzenia 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, obowiązujący

w dacie realizacji zadań referencyjnych), a przyjęcie przez niego powierzonych mu obowiązków, musi być potwierdzone podpisem opatrzonym datą. Dziennik budowy, jest elementem dokumentacji budowy i (zgodnie z ustawą prawo budowlane w brzmieniu obowiązującym w dacie realizacji zadań referencyjnych: art. 45 ust. 1- Zadanie 1. i art. 45 ust. 2 – Zadanie 3.) stanowił urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót.

Ustawa Prawo budowlane nadaje pojęciom kierownik budowy oraz kierownik robót konkretne znaczenie. Kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi stanowi samodzielną funkcję techniczną w budownictwie (art. 12 ust. 1 pkt 2 Prawa budowlanego),

a kierownikowi budowy i kierownikowi robót przysługują określone w prawie budowlanym prawa i obowiązki.

Podkreślenia wymaga, że w opisie kryterium Zamawiający wyraźnie wskazał, że będzie przyznawał punkty za doświadczenie na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, a nie za doświadczenie nabyte np. poprzez czynny udział przy wykonywaniu zadania

lub zatrudnieniu na stanowisku kierownika budowy czy kierownika robót. W ocenie Izby, jeżeli Zamawiający – jak podnosił podczas rozprawy - dopuszczał możliwość wykazania

się doświadczeniem w rozumieniu innym niż wg prawa budowlanego, to winien to wyraźnie wskazać w treści SWZ. Zamawiający w SWZ odniósł się do ustawy Prawo budowlane, a zatem nie było podstaw do rozumienia doświadczenia zdobytego na stanowisku kierownika budowy /robót, w sposób inny niż wg prawa budowlanego, tzn. przy zachowaniu wszelkich praw

i obowiązków związanych z ustanowieniem danego kierownika jak i wykonywanymi przez niego czynnościami. Tylko wówczas takie osoby ponoszą odpowiedzialność zawodową

za należyte wykonywanie obowiązków, ponadto możliwa jest weryfikacja wykonywania

tych obowiązków i przypisanie im odpowiedzialności za podjęte decyzje. Wykonywanie podczas realizacji inwestycji innych funkcji, tj. o innej odpowiedzialności i wymaganiach w tym administracyjno – prawnych (nawet jeśli nazwa tego stanowiska odpowiada w nazwie stanowisku właściwemu dla osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie np. kierownik robót) świadczy jedynie o pracy przy danej inwestycji, a nie ponoszeniu odpowiedzialności właściwej dla osób pełniących samodzielne funkcje techniczne

w budownictwie. Tym samym ich wykonywanie nie może stanowić potwierdzenia dla nabycia doświadczenia na stanowisku określonym w prawie budowlanym.

Zgodnie z powyższym, ustanowienie kierownika budowy/robót winno znaleźć odzwierciedlenie w dzienniku budowy, i tylko tak udokumentowanym doświadczeniem

dla osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy mógł się legitymować wykonawca, w celu uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium "Doświadczenie Kierownika budowy".

Wykonawca UNITRAK wskazał na stanowisko kierownika budowy p. P. G. powołując się na jego doświadczenie zdobyte przy realizacji zadań na stanowisku/stanowiskach kierownika robót drogowych.

Tymczasem żaden z dokumentów otrzymanych przez Zamawiającego w ramach wyjaśnienia doświadczenia p. G nie stanowił dowodu potwierdzającego, że był on kierownikiem robót w specjalności drogowej (w rozumieniu prawa budowlanego) i nabył doświadczenie na takim stanowisku – zgodnie z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę UNITRAK

na Formularzu 2.2.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, że ze złożonych dokumentów wynikało, że p. G. w zakresie Zadania 1 pełnił funkcję kierownika robót w specjalności drogowej.

Po pierwsze taka okoliczność nie została potwierdzona przez Dyрекcję Rozbudowy Miasta Gdańska (inwestora), w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie informacji publicznej, którą na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazał Zamawiającemu Odwołujący. Z treści pisma (z dnia 6 lipca 2023 roku) wynika, że nazwisko

p. G nie występuje w żadnym z dzienników budowy.

Po drugie, z treści pisma przewodniego z dnia 21 lipca 2023 roku złożonego przez UNITRAK wynika, że składa on dokumenty na potwierdzenie kwalifikacji p. G (a nie doświadczenia, jak wymagał Zamawiający). Załączony do pisma dokument (oświadczenie kierownika kontraktu) potwierdza jedynie, że p. G. brał czynny udział w Zadaniu 1 wykonując zadania kierownika robót, bez odniesienia się do specjalizacji. Dodatkowo, złożone przez Budimex S.A. pismo z dnia 25 lipca 2023 roku potwierdza zatrudnienia na stanowisku Kierownika Robót

na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony oraz, że p. G. pełnił funkcję Kierownika robót na kontrakcie (Zadania 1) – bez odniesienia się do specjalizacji.

Izba wskazuje, że poza sporem jest okoliczność, że p. G. wykonywał czynności i pracował w ramach zadania inwestycyjnego wskazanego jako Zadanie 1, a także

że należało realizować powierzone mu obowiązki pracownicze. Odróżnić jednak należy wykonywanie obowiązków pracowniczych i ponoszenie odpowiedzialności z tego tytułu

od odpowiedzialności zawodowej ponoszonej przez osoby posiadające uprawnienia

do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Osoba nie będąca kierownikiem budowy/robót w rozumieniu prawa budowlanego nie jest uczestnikiem procesu budowlanego i nie może powoływać się na doświadczenie zdobyte przy pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie na stanowisku kierownika budowy/robót. Doświadczenie takie potwierdza jedynie wpis do dziennika budowy wraz z podpisem osoby przyjmującej odpowiedzialność za powierzone jej obowiązki.

W ocenie Izby żaden z powyższych dokumentów dotyczących Zadania 1

nie potwierdzał, że p. G. pełnił funkcję kierownika robót w specjalności drogowej, rozumianej jako pełnienie samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, i został wpisany jako kierownik robót do dziennika budowy. Z ich treści wynika jedynie faktyczny udział

w realizacji zadania i zatrudnienie na stanowisku kierownika robót, co nie jest jednoznaczne z pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej jako kierownik robót w specjalności drogowej.

Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego w zakresie przyznania dodatkowych punktów, za doświadczenie p. G zdobyte w ramach realizacji Zadania 3.

Z oświadczenia Inżyniera Kontraktu (MGGP) z dnia 19 lipca 2023 r. dla Zadania 3 wynika, że p. G. brał czynny udział w zadaniu jako kierownik robót ziemnych.

Wskazać należy, że w ramach samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie

nie występuje specjalność: „roboty ziemne”. Udział w realizacji zadania jako kierownik robót ziemnych należy raczej odczytywać w kontekście obowiązków służbowych lub pracowniczych. Brak jest natomiast podstaw, aby czynności wykonywane jako kierownik robót ziemnych utożsamiać z czynnościami kierownika robót w specjalności drogowej. W tym miejscu Izba odwołuje się do argumentacji dotyczącej odpowiedzialności pracowniczej przedstawionej przy analizie dokumentów dla Zadania 1.

Izba nie uwzględniła również argumentacji Zamawiającego, który jako inwestor

dla Zadania 3 oświadczył podczas rozprawy, że p. G. był kierownikiem robót drogowych na tym zadaniu. Izba nie kwestionuje faktu, że p. G. uczestniczył w realizacji tego zadania

i być może nawet wykonywał czynności właściwe dla kierownika robót w specjalności drogowej. Jednakże, dla wykazania że dana osoba była kierownikiem budowy/robót,

tzn. wykonywała czynności i ponosiła odpowiedzialność właściwą dla osoby pełniącej samodzielną funkcję techniczną w budownictwie, niezbędny jest wpis do dziennika budowy oraz potwierdzenie podpisem przyjęcia powierzonych jej obowiązków. Takiego dowodu Zamawiający nie przedłożył.

Co więcej, z pisma z dnia 5 lipca 2023 roku Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy wynika jednoznacznie, że p. G. nie dokonał żadnych wpisów

w dzienniku budowy – brak odnotowanej informacji o zakończeniu/przerwaniu pracy

na ww. stanowisku. Pan G. złożył oświadczenie z 18 sierpnia 2021 roku o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych, które zostało złożone wraz z kopią uprawnień budowlanych i zaświadczeniem z Polskiej Izby Inżynierów

Budownictwa Inżynierowi Kontraktu. Taka okoliczność wynika również z oświadczenia wykonawcy Kobyłarnia S.A., który realizował przedmiotowe zamówienie.

Izba za niewystarczające uznała oświadczenie p. G z 10 sierpnia 2021 roku o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych na inwestycji wskazanej jako Zadanie 3 w formularzu 2.2. dla potwierdzenia, że był on kierownikiem robót w specjalności drogowej na wskazanej inwestycji.

Po pierwsze jest to oświadczenia wyłącznie o podjęciu obowiązków kierownika robót drogowych. Z żadnego dokumentu złożonego przez Zamawiającego i wykonawcę UNITRAK nie wynika, że poza złożeniem ww. oświadczenia p. G. faktycznie wykonywał obowiązki kierownika robót na przedmiotowym zadaniu. Okoliczność ta, zgodnie z §6 ust. 2 rozporządzenia 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 (obowiązującego w dacie składania oświadczenia), winna być odnotowana w dzienniku budowy i potwierdzona podpisem kierownika robót. Po drugie, z oświadczenia GDDKIA o/Bydgoszcz nie wynika, że dla przedmiotowego zadania został ustanowiony kierownik robót w specjalności drogowej, tj. że zaistniała okoliczność o której mowa w art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego. Trudno bowiem powoływać się na doświadczenie zdobyte jako kierownik robót w specjalności drogowej w ramach zadania, na którym kierownik robót drogowych nie został ustanowiony. Co więcej, złożone dokumenty potwierdzają jedynie przedłożenie oświadczenia p. G Inżynierowi Kontraktu. Brak jest natomiast potwierdzenia, że p. G. został przyjęty jako kierownik robót drogowych przez inwestora, który zgodnie z art. 42 ust. 4 Prawa budowlanego zobowiązany jest zapewnić ustanowienie kierownika robót w danej specjalności.

Wskazując na powyższe, w ocenie Izby treść dokumentacji postępowania nie pozostawia wątpliwości, że w ramach kryterium oceny ofert: „Doświadczenie kierownika budowy” Zamawiający punktował doświadczenie osoby zdobyte na stanowisku/stanowiskach kierownika budowy/robót w rozumieniu prawa budowlanego, tj. potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Za takim rozumieniem kryterium przemawia również wezwanie do wyjaśnień skierowane do UNITRAK z 14 lipca 2023 roku w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, w którym Zamawiający wskazuje, że nazwisko p. G. w zadaniu 1 nie występuje w żadnym dzienniku budowy.

Nie można również pominąć okoliczności, że powyższe doświadczenie analizowane jest w ramach kryterium oceny ofert, w którym wykonawcy, którzy rywalizują między sobą również jakością wykonania zamówienia, otrzymują punkty za spełnienie dodatkowych wymagań zamawiającego i muszą wykazać się ich spełnieniem w sposób niebudzący wątpliwości.

Analiza dokumentacji postępowania oraz czynności Zamawiającego w postępowaniu potwierdziły zasadność zarzutu odwołującego. Wykonawca UNITRAK nie wykazał, że wskazany przez niego na stanowisko Kierownika robót p. G. posiada doświadczenie uzasadniające przyznanie mu 20 pkt w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”. Na żadnej ze wskazanych inwestycji p. G. nie zajmował stanowiska kierownika robót w specjalności drogowej w rozumieniu prawa budowlanego, pomimo tego, że takie oświadczenie wykonawca UNITRAK złożył na formularzu 2.2.

Wobec powyższego zarzut wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia należało uznać za zasadny.

W konsekwencji uwzględnienia powyższego zarzutu (tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp) Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 10 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia UNITRAK z Postępowania i odrzucenia Jego oferty, w sytuacji w której UNITRAK w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd, przedstawiając w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje, że p. P. G. zdobył doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych przy inwestycjach wskazanych jako Zadanie 1 i Zadanie 3 w Formularzu 2.2.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Według zaś art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z ww. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wykonawca może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli zostały spełnione łącznie trzy przesłanki.

Po pierwsze, wykonawca musi przedstawić Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd. Nie chodzi przy tym o skuteczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd może nastąpić zarówno poprzez przedstawienie mu obiektywnie fałszywych informacji, jak również informacji obiektywnie prawdziwych, które jednak w konkretnych okolicznościach i w konkretnym kontekście sytuacyjnym mogą wywoływać mylne wyobrażenie u Zamawiającego co do istniejącego stanu rzeczy. Po drugie, przedstawienie wprowadzających w błąd informacji powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. W literaturze prawa zamówień publicznych podnosi się, że lekkomyślność będzie polegać na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia Zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 109 ustawy, teza 9.3.2.].

Po trzecie, informacje przedstawione przez wykonawcę powinny cechować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Najczęściej będzie to dotyczyło decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu bądź zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy. Innymi słowy o istotnym wpływie na decyzje Zamawiającego można mówić w przypadku,

gdy wprowadzające w błąd informacje są kluczowe dla rankingu ofert, bytu konkretnego wykonawcy i jego oferty w danym postępowaniu, wyboru oferty konkretnego wykonawcy jako najkorzystniejszej czy nawet unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu, przy opisie kryterium: „Doświadczenie kierownika budowy” Zamawiający zaznaczył, że punkty będą przyznawane za doświadczenie osoby na podstawie informacji zawartych w Formularzu „Kryteria Pozacenowe”. Wskazane informacje stanowiły jedyną podstawą do przyznania przez Zamawiającego punktów w ramach kryterium.

W Formularzu 2.2. „Kryteria Pozacenowe” wykonawca w ramach inwestycji wskazanych jako Zadanie 1 i Zadanie 3 zaznaczył, że p. G. zdobył doświadczenie na stanowisku/stanowiskach Kierownika robót drogowych. Powyższe informacje (łącznie z niekwestionowanym Zadaniem 2) uprawniały go do otrzymania 20 punktów w ramach ww. kryterium. Mogły zatem mieć – a jak wynika z przebiegu postępowania, miały – istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, bowiem to na ich podstawie oferta wykonawcy UNITRAK otrzymała 20 punktów, klasyfikując się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, z największą ilością punktów.

Jak zostało ustalone w ramach rozpoznania zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 2 pkt 5 Pzp p. G. nie był kierownikiem robót w specjalności drogowej przy realizacji zadań wskazanych jako Zadanie 1 i Zadanie 3. Tym samym nie mógł zdobyć doświadczenia przy realizacji tych zadań na stanowisku/stanowiskach kierownika robót drogowych, a pomimo tego oświadczenie o zdobyciu takiego doświadczenia (kierownik robót drogowych) zostało złożone w ofercie.

W tych okolicznościach, zdaniem Izby wykonawca UNITRAK przedstawił Zamawiającemu w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zostały spełnione zatem wszystkie obligatoryjne przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, których konsekwencją jest konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwie p. G. nie był kierownikiem robót w specjalności drogowej na zadaniach wskazanych jako Zadanie 1 i Zadanie 3, zatem informacje podane w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe” nie były zgodne ze stanem faktycznym, co wprowadziło Zamawiającego w błąd, w zakresie przyznania wykonawcy odpowiedniej ilości punktów w kryterium. Ponadto wykonawcy UNITRAK można przypisać niedbalstwo polegające na braku staranności w zakresie deklaracji w Formularzu 2.2. „Kryteria pozacenowe” co do zajmowanego przez p. G. stanowiska podczas realizacji ww. zadań. A nawet jeśli by przyjąć, że takiemu zachowaniu wykonawcy nie można przypisać niedbalstwa to niewątpliwie cechuje je daleko posunięta lekkomyślność, która podobnie jak niedbalstwo wypełnia dyspozycję przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Podsumowując, wobec okoliczności, że informacje podane przez wykonawcę UNITRAK w Formularzu 2.2.

„Doświadczenie kierownika budowy” dotyczące doświadczenia p. G są nieprawdziwe, wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego ofertę należy odrzucić.

Warto podkreślić, że podczas rozprawy Zamawiający nie odniósł się do ww. zarzutu. W odpowiedzi na odwołanie poza stwierdzeniem że nie zasługuje on na uwzględnienie nie przedstawił żadnej argumentacji na poparcie swojego stanowiska.

Izba nie podzieliła również stanowiska wykonawcy UNITRAK, który podniósł, że złożone podczas postępowania o udzielenie zamówienia dokumenty zawierają informacje odpowiadające prawdzie i nie zostały zakwestionowane przez Odwołującego, zatem nie zaistniały przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zwrócić należy bowiem uwagę, że podstawą przyznania wykonawcy punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika robót” nie były dokumenty uzyskane przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lecz jednoznaczne, wyraźne oświadczenie wykonawcy złożone wraz z ofertą na Formularzu 2.2. „Kryteria Pozacenowe”, że p. G. zdobył doświadczenie na stanowisku kierownika robót drogowych na wskazanych zadaniach.

Natomiast dokumenty, które otrzymał Zamawiający w wyniku korespondencji z wykonawcą potwierdzały jedynie jego czynny udział w wykonywaniu ww. zadań na podstawie zatrudnienia na umowę o pracę na stanowisku kierownika robót oraz jako kierownika robót ziemnych – co nie było kwestionowane. Na żadnym z tych zadań p. G. nie był jednak kierownikiem robót w specjalności drogowej zgodnie z prawem budowlanym.

Wobec powyższego zarzut należało uznać za zasadny.

Za zasadny Izba również uznała zarzut naruszenia art. 123 Pzp poprzez umożliwienie UNITRAK powołania się na zasoby podmiotu trzeciego po terminie składania ofert i przedłożenia zobowiązania Podmiotu trzeciego, podczas gdy z treści formularza oferty, wynika, że wykonawca ten zamierzał realizować całość zadania będącego przedmiotem Postępowania siłami własnymi, zaś samo zobowiązanie Podmiotu trzeciego wystawione zostało po terminie składania ofert (po wystosowaniu wezwania do UNITRAK) i z jego treści nie wynika, że podmiot trzeci udostępniał swoje zasoby w momencie składania ofert.

Zgodnie z treścią art. 123 Pzp wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Izba wskazuje, że w treści formularza oferty, a więc na etapie składania ofert wykonawca w zakresie podwykonawstwa złożył jednoznaczne oświadczenie woli, zgodnie z którym zamierza wykonać zamówienie siłami własnymi (poprzez zaznaczenie odpowiedniej opcji w formularzu ofertowym). Oświadczenie to jest wiążące dla wykonawcy i odnosi się zarówno do tych podwykonawców, którzy realizując część zamówienia nie udostępniają zasobów na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i takich, którzy udostępniają swoje zasoby na potwierdzenie spełnienia takiego warunku w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.

Wraz z ofertą, zgodnie z art. 118 ust. 3 Pzp Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, winien złożyć zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca UNITRAK łącznie z ofertą złożył oświadczenie na Formularzu 3.1. o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. W jego treści w pkt 4, wskazał, że: *w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego, polegam na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby: Zakład Drogowo Budowlany Rogowo M. W. spółka komandytowa, w zakresie: pkt 8.2. podpunkt 4.a.* Jednocześnie wykonawca nie złożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania ich do dyspozycji na potrzeby realizacji zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, decydujące znaczenia ma oświadczenie złożone na formularzu oferty, stanowiące oświadczenie woli wykonawcy, a zatem wyrażające jego wolę co do realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że wolą wykonawcy jest realizacja zamówienia bez udziału podwykonawcy, odnosząca się również do realizacji zamówienia z udziałem



podmiotów udostępniających zasoby. Skoro zatem z oświadczenia złożonego przez wykonawcę na Formularzu ofertowym wynika, że będzie on realizował zamówienie bez podwykonawcy (tzn. również podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby techniczne), to zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca na późniejszym etapie postępowania nie może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego.

Bez znaczenia dla sprawy, jest oświadczenie złożone na Formularzu 3.1. o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, z treści którego wynika, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.2.4.a) SWZ wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego.

Warunek z pkt 8.2.4.a) SWZ odnosi się do zdolności technicznej lub zawodowej i stanowi,

że Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu)

w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, 1 zadania lub 2 zadań lub 3 zadań obejmującego/-ych budowę lub przebudowę lub remont drogi klasy min.

G, o łącznej wartości tych zadań nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł netto. Zgodnie więc z art. 118 ust. 2 Pzp Wykonawca, który udostępnia zasoby w postaci doświadczenia musi realizować te roboty, dla których udostępnione zdolności były wymagane. Prowadzi to zatem do wniosku, że wykonawca UNITRAK, chcąc spełnić warunki udziału w postępowaniu zgodnie ze złożonym oświadczeniem, musiałby realizować zamówienie z udziałem podwykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z treścią oświadczenia złożonego w formularzu oferty.

Należy zauważyć, że oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie jest oświadczeniem woli wykonawcy, lecz oświadczeniem wiedzy (i stanowi przekazanie wiedzy posiadanej przez wykonawcę w zakresie spełnienia warunków udziału

w postępowaniu), które co do zasady nie wywołuje żadnych h.

Nieuprawnionym było zatem skierowanie przez Zamawiającego do wykonawcy wezwania

do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, bowiem wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia bez udziału podwykonawców, co w niniejszej sprawie odnosi się również do podmiotów udostępniających zasoby. Zamawiający swoim działaniem dopuścił możliwość powołania się na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby po terminie składania ofert,

w sytuacji, w której na etapie składania ofert wykonawca ten zadeklarował realizację zamówienia bez udziału podwykonawców (również tych udostępniających zasoby), co stanowi naruszenie art. 123 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający winien wezwać wykonawcę

do poprawienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w sposób odpowiadający treści zawartej w formularzu ofertowym, tzn. potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie.

Jednakże, z uwagi na uwzględnienie ww. zarzutów i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy UNITRAK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, bezprzedmiotowym stało się nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy do poprawienia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

Reasumując, w ocenie Izby nie doszło do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego na etapie składania oferty. Zatem zarzut naruszenia art. 123 Pzp należało uznać za zasadny.

Powyższe wskazuje również na zasadność zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Izba nie rozpoznała określonego jako ewentualny - zarzutu naruszenia art. 118

ust. 1-4 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNITRAK, podczas gdy wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału

w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.2 ppkt 4 lit. a) IDW gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami Podmiotu trzeciego. Odwołujący postawił ten zarzut na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż doszło do powołania się przez wykonawcę UNUITRAK na zasoby podmiotu trzeciego na etapie składania oferty. Ponieważ Izba doszła do przekonania, że na etapie składania oferty nie nastąpiło udostępnienie wykonawcy UNITRAK zasobów podmiotu trzeciego, zarzut został pozostawiony bez rozpoznania.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania należało uznać za zasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

.....

