Sygn. akt: KIO 2294/23

WYROK
z dnia 28 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Adriana Urbanik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 3 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Rzeszowa w imieniu i na rzecz zamawiającego Gminy Miasto Rzeszów – Miejskiego Zarządu Dróg
w Rzeszowie**

przy udziale:

A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Swietelsky AG z siedzibą
w Linz, Republika Austrii,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2294/23 po stronie **odwołującego**

B . **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ANTEX II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej, WYSOWA MOSTY Sp. z o.o.
z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2294/23 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.**oddala odwołanie**,
2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 2294/23

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka", nr referencyjny: ZP-A.271.33.2023, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.03.2023 r. pod nr 2023/S 045-131986 przez: Gminę Miasta Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie,
Urząd Miasta Rzeszowa, Wydział Zamówień Publicznych, ul. Rynek 1, 35-064 Rzeszów, zwaną dalej: „Zamawiającym".
Do wyżej wymienionego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, z późn. zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „Pzp".

Dnia 03.08.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie złożył wykonawca Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, zwany dalej także „Odwołującym", od zaniechań i czynności Zamawiającego:
1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia, tj. ANTEX II sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej (Lider Konsorcjum)
oraz WYSOWA MOSTY sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym (Partner Konsorcjum), zwanych dalej „Konsorcjum ANTEX", pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na fakt, że wobec Konsorcjum ANTEX zmaterializowały się podstawy wykluczenia z postępowania;

2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX z uwagi na fakt zmaterializowania się podstaw wykluczenia z postępowania opisanych szczegółowo w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;
3) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 1.4.1 lit a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ");

względnie, tj. w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX z uwagi na okoliczności opisane w pkt 3)

4) zaniechania wezwania Konsorcjum ANTEX do uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 1.4.1 lit. a) SWZ;
5) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie 1.4.1 lit b) ppkt 2) SWZ;

względnie, tj. w sytuacji, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX z uwagi na okoliczności opisane w pkt 5)

6) zaniechania wezwania Konsorcjum ANTEX do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, tj. Pana M.C. w zakresie inwestycji pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km." realizowanego dla zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR" Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu i/lub do uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit b) ppkt 2) SWZ;
7)zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp, ponieważ Konsorcjum ANTEX, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd oraz zataiło informacje, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a dotyczące rzeczywistego zakresu realizowanych przez Konsorcjum ANTEX robót budowlanych na inwestycji pn.: „Obwodnica Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15", oraz funkcji pełnionej przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji **Kierownika Budowy**, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że Konsorcjum ANTEX nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.4.1 lit. a) SWZ, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie,

3. art. 128 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4 podpunkt 1 lit a) SWZ;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo że Konsorcjum ANTEX nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit b) ppkt 2) SWZ, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie,

5. art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do złożenia wyjaśnień/ wykazania pełnienia przez Pana M.C. funkcji **Kierownika robót** w ramach inwestycji pn.:

„Zaprojektowanie
i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ
od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km." zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i/lub uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit. b) ppkt 2) SWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ANTEX i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2)wykluczenia Konsorcjum ANTEX z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania;

3)względnie wezwania Konsorcjum ANTEX do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i/lub uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu;

4)uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał w szczególności:

I. Stan faktyczny:

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Budowę DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie
do ul. Generała Stanisława Maczka.

2. W dokumentacji prowadzonego postępowania, w Rozdziale V ust. 2 pkt 2.1: SWZ Zamawiający określił, że przewiduje wykluczenie Wykonawcy na postawie art. 109 ust. 1
pkt 8 i 10 Pzp, tj.:
2.1.1. który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
2.1.2. 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.
Powyższe oznacza, że Zamawiający w ramach postępowania zdecydował się na weryfikację między innymi przesłanek, wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp, mające znaczenie dla przedmiotowej sprawy.

3. Dodatkowo, w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ustalił w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej następujące:
Doświadczenie zawodowe wykonawcy:
„1.4.1 Określenie warunków:
a) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej i długości co najmniej 1000 m, i **<u>co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych).</u>**
Zamawiający uzna, iż warunek powyższy zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca wykaże, iż wykonywał powyższe roboty budowlane w ramach oddzielnych umów lub
w ramach jednej umowy.
Przez roboty budowlane wykonane należy rozumieć:
1) roboty budowlane rozpoczęte i zakończone w w/w okresie
2) roboty budowlane zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie.
Klasy dróg określone są w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca
2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1518 ze zm.).
Przebudowę i budowę należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia
7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.).
Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia

21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz.1693 ze zm.).”

Potencjał kadrowy wykonawcy:

b) „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami do obsadzenia następujących funkcji podczas realizacji zamówienia: (…)

2) Kierownik budowy – wymagania:

a) musi posiadać uprawnienia budowlane* do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,

b) musi posiadać doświadczenie zawodowe **polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót**** podczas realizacji minimum:

- jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi o długości 500 m, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 6 miesięcy,
- jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1000 m wraz z obiektem mostowym klasy A, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 12 miesięcy.

(…)

Do realizacji zadania Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia kompletnej kadry o odpowiednich uprawnieniach i kwalifikacjach.

Zamawiający może, na każdym etapie postepowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zamawiający dopuszcza połączenie wyżej wskazanych funkcji pod warunkiem spełnienia przez osobę łączącą te funkcje wszystkich warunków wymaganych dla poszczególnych funkcji, z wyłączeniem Dyrektora Kontraktu.

Za drogę Zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.).

Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.).

* Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz przepisów ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

**** Funkcję kierownik budowy lub kierownik robót należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.).”**

4. W dniu 12 maja 2023 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert, z której wynikało, że na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert znalazła się oferta Konsorcjum ANTEX, które zaoferowało cenę 169.246.417,48 zł, a na drugim miejscu znalazła się oferta Odwołującego, z ceną 171.922.901,91 zł.
5. W dniu 30 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum ANTEX na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.
6. Wobec takiego sformułowania treści wezwania, Konsorcjum ANTEX pismem z dnia 10 lipca 2023 r. przekazało żądane podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu:
   1) Zdolność techniczna lub zawodowa:
   a) WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH z załączeniem dowodów potwierdzających, że roboty budowlane zosta wykonane należycie;
   b) WYKAZ OSÓB, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

Stan faktyczny sprawy związany z doświadczeniem zawodowym:

7. W odniesieniu do Wykazu robót budowlanych, Konsorcjum ANTEX wskazało dwie realizacje, w tym w wierszu nr 2 - „Obwodnicę Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”, realizowaną na rzecz Konsorcjum PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH. Konsorcjum ANTEX oświadczyło jednocześnie w treści wykazu, że inwestycja była realizowana od lipca 2020 r. do listopada 2021 r., i polegała na budowie obiektu mostowego MS-1 klasy A – 5-przęsłowego (przywołał treść wykazu w odwołaniu).
8. Dodatkowo, Konsorcjum ANTEX załączyło referencje z dnia 7 lipca 2023 r. wystawione przez Generalnego Wykonawcę, tj. PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH, z których wynika poświadczenie, że firma Przedsiębiorstwo

Robót Inżynieryjnych „Wysowa” sp. z o.o. sp.k.
z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym wykonała dla PORR roboty budowlane jako podwykonawca na podstawie umowy podwykonawczej nr 7010079483 z dnia 17 kwietnia 2020 r., przy czym wartość umowy wynosiła 5.088.978,40 zł netto.

9. Dla całkowitej jasności stanu faktycznego Odwołujący nadmienił, że Konsorcjum ANTEX załączyło do oferty Informację o przekształceniu z dnia 11 maja 2023 r., z którego wynika, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Wysowa” sp. z o.o. sp.k. z siedzibą
w Stanisławowie Pierwszym przekształciła się z dniem 20 stycznia 2023 r. w Partnera Konsorcjum, tj. Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym.
10. Z treści referencji wynikało także, że zakres robót obejmował „wszystkie roboty budowlane wynikające z Umowy wraz z pracami prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy”.
Jako daty rozpoczęcia i zakończenia robót wskazano: od lipca 2020 r. do listopada 2021 r. Dokument został podpisany przez Kierownika Robót Mostowych – Pana D.S.,
oraz Dyrektora Kontraktu – Pana M.R..

Stan faktyczny sprawy związany z potencjałem kadrowym – Pan M.C.:

11. W ramach złożonego Wykazu Osób, Konsorcjum ANTEX na stanowisko Kierownika Budowy wskazało Pana M.C., który rzekomo posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót podczas realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie drogi klasy GP (G lub wyższej) o długości 16,13 km (min. 1000m) wraz z obiektem mostowym klasy A. Konsorcjum ANTEX oświadczyło również, że czas pełnienia funkcji wynosił od 20.10.2020 r. do obecnie [ponad 32 mce] (minimum 12 miesięcy), przy czym jako jedną z dwóch robót referencyjnych Konsorcjum ANTEX wskazało zamówienie pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km.” realizowane dla zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu [Inwestor: Skarb Państwa – GDDKiA].
12. W tych okolicznościach sprawy, Zamawiający, w dniu 24 lipca 2023 r., poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum ANTEX. W ocenie Odwołującego, Zamawiający (niesłusznie i niezgodnie z przepisami ustawy Pzp) wybrał ofertę Konsorcjum ANTEX jako najkorzystniejszą w postępowaniu bowiem wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona w związku z wystąpieniem okoliczności opisanych w ramach odwołania.

II. Zarzut przedstawienia informacji wprowadzających w błąd/ zatajenie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz potencjału kadrowego:

II.1) Uzasadnienie prawne

1. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp:
„Art. 109. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych; (…)
10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające
w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

2.Odwołujący wskazał, że na podstawie pozyskanych przez niego dokumentów uzasadnione jest twierdzenie, że Konsorcjum ANTEX, przekazując Zamawiającemu informacje dotyczące rzeczywiście wykonywanych przez siebie prac w ramach referencyjnej inwestycji „Obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”, a także przekazując Zamawiającemu informacje w przedmiocie funkcji pełnionej przez Pana M.C., wprowadziło Zamawiającego w błąd oraz świadomie i celowo
(w stopniu rażącym) zataiło informacje, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane
w postępowaniu przez Zamawiającego, bowiem zdecydowało o wyborze oferty Konsorcjum ANTEX jako oferty najkorzystniejszej.

3. Wprowadzenie w błąd oraz zatajenie istotnych informacji dotyczy mianowicie:
a) w odniesieniu do doświadczenia zawodowego Konsorcjum ANTEX: oświadczenia
w wykazie robót, że wykonawca realizował w ramach referencyjnej inwestycji budowę obiektu mostowego MS-1 klasy A – 5-przęsłowego (minimum 3 przęsłowego), podczas gdy z treści umowy łączącej wykonawcę z Generalnym Wykonawcą – PORR wynika,
że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Wysowa sp. z o.o. sp.k. (obecnie Wysowa Mosty sp. z o.o.) wykonało

jedynie „kompleksową obsługę ciesielsko-zbrojarską obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego":

1. Przedmiot Umowy

Zleceniodawca zleca Zleceniobiorcy, a Zleceniobiorca przyjmuje do wykonania:
Kompleksowa obsługa ciesielsko-zbrojarska obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego, na zasadach i w zakresie określonym w załączniku nr 1 do niniejszego Zlecenia, Protokole Negocjacji z dnia 20.12.2019r. i dokumentami kontraktowymi w nim wymienionymi.

b) W odniesieniu do potencjału kadrowego, tj. Pana M.C. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika Budowy: oświadczenia Konsorcjum ANTEX złożonego w wykazie osób, że Pan M.C. na referencyjnej inwestycji („DK47 Rabka Zdrój – Zakopane, odc. Rdzawka – Nowy Targ") pełnił funkcję Kierownika robót w rozumieniu definicji zgodnymi z tymi zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, podczas gdy Pan M.C. na wskazanej inwestycji jedynie przyjął obowiązki kierownika robót drogowych, ale nie dokonywał i nie dokonuje wpisów do dziennika budowy, co oznacza, że nie pełnił i nie pełni funkcji Kierownika robót w rozumieniu definicji zgodnymi z tymi zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Na dowód powyższego Odwołujący załączył do odwołania: oświadczenie z dnia 28 września 2020 r. o przyjęciu obowiązków kierownika robót drogowych.

4. Konsorcjum ANTEX wbrew rzeczywistości i stanowi faktycznemu dwukrotnie oświadczyło odmiennie, po pierwsze przypisując sobie zakres realizacji, którego nie wykonywało, a także przypisując osobie wskazanej do pełnienia funkcji Kierownika Budowy funkcję, której ta osoba nie pełniła, licząc zapewne na to (i słusznie, na co wskazuje dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ANTEX jako najkorzystniejszej), że Zamawiający zrówna posiadane przez Pana C. doświadczenie z doświadczeniem Kierownika Budowy, który pełnił swoją funkcję zgodnie z przepisami, a także w sposób opisany w treści dokumentacji niniejszego Postępowania.
5. Takie działanie Konsorcjum ANTEX miało istotny wpływ na działanie Zamawiającego, bowiem doprowadziło do wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, co jasno wskazuje na fakt, że Zamawiający dał wiarę oświadczeniom przekazanym przez Konsorcjum ANTEX.
6. Wobec powyższego wydaje się kwestią bezsporną, że działanie podejmowane przez Konsorcjum ANTEX powinno być zakwalifikowane jako spełniające przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – co najmniej w ramach przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, o ile w ocenie Izby niezasadne będzie uznanie, że działania te noszą znamiona przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, co w ocenie Odwołującego miało miejsce.
7. W ocenie Odwołującego, działanie Konsorcjum ANTEX nosi znamiona rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa prowadzących do wytworzenia w Zamawiającym błędnego przekonania, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym – że jego oferta jest faktycznie najkorzystniejsza. W rzeczywistości bowiem oferta ta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.
8. Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 918/22, „rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności. Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1638/17). W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości".
9. W aktualnym postępowaniu, mimo niechybnej świadomości wykonywania innego zakresu prac (jest wszak różnica między budową obiektu mostowego, a wykonywaniem kompleksowej obsługi ciesielsko-zbrojarskiej) oraz prawdopodobnej obecności Pana C. na placu budowy, jednak bez pełnienia określonej funkcji zgodnie z Prawem Budowlanym, Konsorcjum ANTEX zadeklarowało zupełnie inny stan faktyczny.
10. Składając Zamawiającemu ofertę, wykonawca Konsorcjum ANTEX musiał zdawać sobie sprawę z rzeczywistego

stanu faktycznego.

11. Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać, że wskazane powyżej zaniedbania wykonawcy Konsorcjum ANTEX nie kwalifikują się do zastosowania wobec niego art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (z czym Odwołujący się nie zgadza, a swoją argumentację co do tego aspektu przedstawił w niniejszym odwołaniu), to z pewnością są one wystarczające do przypisania temu wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, w wyniku których Konsorcjum ANTEX przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
12. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 901/22, „Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.”. Natomiast w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2022 r., sygn. KIO 59/22, szczegółowo wyjaśniono, że „Uzasadnienie lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego obejmuje przypadki braku staranności wykonawcy przy przedstawianiu informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, np. o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia (…)”.
13. W cytowanym powyżej wyroku z dnia 27 stycznia 2022 r., Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła też uwagę, że „Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości”.
14. Na konieczność należytego upewnienia się wykonawcy co do prawdziwości informacji przekazywanych zamawiającemu, zwraca się również uwagę w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 101/21, w którym zwrócono uwagę, że „już sama potencjalna możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, pozwala na uznanie, że spełniona jest pierwsza z przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Wskazany przepis ma za zadanie wyeliminować z postępowania wykonawców nieuczciwych, którzy chcą niekorzystnie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez zamawiającego. (…) Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, aby upewnił się czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości i czy przedłożone dokumenty są prawdziwe. (…) W ocenie Sądu należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. (…) Dodatkowo, 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 powadzonej przez wykonawców działalności. Tym samym podnoszenie, że pewne dane zostały wpisane w sposób omyłkowy, lub też pozostają bez znaczenia dla danego postępowania, należy uznać za niezachowanie podstawowych zasad działania profesjonalisty.”.
15. Przenosząc przedstawione wyżej tezy wyroków Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów na stan faktyczny niniejszej sprawy, Odwołujący stwierdził, że wykonawca Konsorcjum ANTEX przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe i wprowadzające w błąd informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto nie dochował należytej staranności co do weryfikacji podanych informacji. Nieprawdziwe informacje podane przez wykonawcę Konsorcjum ANTEX miały wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, bo ostatecznie oferta Konsorcjum ANTEX została w postępowaniu wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe wypełnia przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, a tym samym wykonawca Konsorcjum ANTEX powinno zostać wykluczone z postępowania, a jego oferta odrzucona.

III. Zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy:

III.1) Uzasadnienie prawne:

1. Zgodnie z treścią pkt 1.4.1 lit a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

   „1.4.1 Określenie warunków: a) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej i długości co najmniej 1000 m, **i co najmniej**

<u>jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych).</u>

Zamawiający uzna, iż warunek powyższy zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca wykaże, iż wykonywał powyższe roboty budowlane w ramach oddzielnych umów lub w ramach jednej umowy.

Przez roboty budowlane wykonane należy rozumieć:

3) roboty budowlane rozpoczęte i zakończone w w/w okresie

4) roboty budowlane zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie.

(…)

2. Kluczowe w bieżącym stanie faktycznym wydaje się podkreślenie, że dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę odpowiedniego doświadczenia zawodowego, należało się legitymować realizacją inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego, przy czym roboty budowlane miały być rozpoczęte i zakończone w w/w okresie.
3. W tym miejscu Odwołujący przypomniał, że w treści złożonego przez siebie w ramach Wykazu robót oświadczenia dotyczącego inwestycji „Obwodnica Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15", Konsorcjum ANTEX oświadczyło,

że zrealizowało inwestycję polegającą na budowie obiektu mostowego MS-1 klasy A – 5-przęsłowego, a roboty były zrealizowane w okresie od lipca 2020 r. do listopada 2021 r.
4. Jednocześnie, dokument referencji wystawiony dla Konsorcjum ANTEX przez Konsorcjum PORR powoływał się na umowę podwykonawczą nr 7010079483 z dnia 17 kwietnia 2020 r., która stanowiła podstawę współpracy. Z treści referencji wynikało też, że roboty były realizowane od lipca 2020 r. do listopada 2021 r. (zgodnie z oświadczeniem zawartym

w wykazie robót).
5. Z pozyskanej przez Odwołującego umowy podwykonawczej nr 7010079483 z dnia

17 kwietnia 2020 r. wynikają jednak zupełnie inne okoliczności.

Na dowód powyższego Odwołujący wskazał: umowę podwykonawczą nr 7010079483

z dnia 17 kwietnia 2020 r. (zostanie przekazana na rozprawie).
6. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, o czym była już mowa w treści niniejszego odwołania, że z umowy tej wynika wprost, że wykonawca (obecnie Wysowa Mosty

sp. z o.o.) wykonał jedynie „kompleksową obsługę ciesielsko-zbrojarską obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego". Z treści cytowanego poniżej fragmentu omawianej umowy wynika również, że zasady i zakres współpracy wykonawcy z Generalnym Wykonawcą określa załącznik nr 1 do Zlecenia (przywołał treść załącznika nr 1 do Zlecenia w odwołaniu).
7. W ocenie Odwołującego w żadnym razie zakres robót wykonywany przez wykonawcę (obecnie Wysowa Mosty sp. z o.o.) nie może być potraktowany jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który brzmiał następująco (w odniesieniu do wskazanej inwestycji referencyjnej): „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: (…) co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych)."
8. Dla pełnej jasności zaprezentowania stanu faktycznego Odwołujący nadmienił,

że Zamawiający przewidział, że za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy

w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.), a ustawa o drogach publicznych definiuje w art. 4 pkt 13 obiekt mostowy jako most i wiadukt, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 7 ustawy

z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.
9. Wykonawca tymczasem podczas realizacji referencyjnej inwestycji wykonywał jedynie

np. montaż zbrojenia, ław fundamentowych, podpór słupowych czy ustrojów nośnych – prace niezbędne i pożądane, ale w żadnym razie nie takie, które mogłyby być uznane za realizację całego obiektu mostowego.
10. Inwestycja wskazana przez Konsorcjum ANTEX jako referencyjna z całą pewnością

nie potwierdza zatem spełnienia przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.
11. Oczywistym jest, że celem każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Sam warunek musi zaś korespondować z przedmiotem zamówienia. Jak podkreśla się

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Zamawiający określa warunki udziału

w postępowaniu w tym celu, aby mieć pewność, że wykonawca, które będzie realizował zadanie, miał możliwość wykazać, że będzie zdolny zadanie to wykonać. Warunki udziału

w postępowaniu odpowiadać powinny przedmiotowi zamówienia." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2548/20, LEX nr 3105398). Warunek sformułowany przez Zamawiającego ma określone znaczenie. Ma bowiem umożliwić Zamawiającemu weryfikację dotychczasowego doświadczenia wykonawców składających oferty biorąc pod uwagę rzeczywiste potrzeby w ramach realizacji tej inwestycji.

12. Tymczasem Zamawiający, pozytywnie weryfikując omawianą inwestycję wskazaną przez Konsorcjum ANTEX w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 1.4.1 lit a) SWZ, pozytywnie – choć bezpodstawnie – zweryfikował wykonawcę Konsorcjum ANTEX, a więc uznał, że jest to wykonawca dający rękojmię należytego wykonania zamówienia, kierując się wyłącznie oświadczeniem tego wykonawcy w odniesieniu do swojego zaangażowania w realizację omawianej inwestycji.
13. W tym kontekście Odwołujący wskazał, że taka sytuacja (posłużenie się doświadczeniem mającym wywrzeć mylne wrażenie na temat zaangażowania wykonawcy w realizację referencyjnego zamówienia) winna być jednoznacznie sankcjonowana.
14. Przeciwko dopuszczalności takich działań wykonawcy, mających na celu uniknięcie odpowiedzialności za zawinione wprowadzenie w błąd zamawiającego, jednoznacznie wypowiada się orzecznictwo:
    Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt XXIII
    Zs 101/21: „Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej nie można informacji nieprawdziwych zastąpić informacjami prawdziwymi, ponieważ byłoby to sprzeczne
    z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak choćby
    w wyrokach: z dnia 8 sierpnia 2017 r. KIO 1509/17, z dnia 20 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1432/18, z dnia 27 sierpnia 2021 r. sygn. akt 2073/21, 2080/21, 2095/21 i 2097/21). Jest to również sprzeczne z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r., zgodnie z którym uzupełnieniu podlegają dokumenty, które nie zostały złożone, są niekompletne lub budzą wątpliwości zamawiającego. Dokumenty, które zawierają informacje niezgodne ze stanem faktycznym nie zaliczają się do żadnej ze wskazanych wyżej kategorii. (…) Ponadto,
    w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji nie miało znaczenia, czy Odwołujący, posługując się następnie prawdziwymi informacjami, obiektywnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Równocześnie, Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego, że podanie informacji nieprawdziwych pozostaje bez wpływu na przebieg postępowania, ponieważ wskazał on na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału oraz dodatkowej punktacji trzy inne projekty.".
    Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2022 r., sygn. akt KIO 1854/22: „Odwołujący nie mógł zatem z powołaniem się na art. 122 Pzp zastąpić jednego podmiotu trzeciego innym - sytuacja taka byłaby dopuszczalna, gdyby to Odwołujący samodzielnie zorientował się, że przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia spółki I..., zanim sam Zamawiający odkrył ten fakt. Niedopuszczalne jest bowiem zastąpienie informacji nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacjami prawdziwymi w sytuacji, gdy wykonawca zostanie "przyłapany" przez zamawiającego."
    Wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1139/19:
    „Skutkiem złożenia informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest konieczność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu bez możliwości skorzystania z dobrodziejstwa instytucji z art. 26 ust. 3 p.z.p. W konsekwencji też, nie mogą podlegać ocenie zamawiającego dokumenty złożone przez wykonawcę bez wezwania w ramach tzw. samouzupełnienia. Przy przyjęciu interpretacji proponowanej przez odwołującego wykonawca składając dokumenty celem wykazania warunku byłby uprawniony co najmniej raz wprowadzić zamawiającego w błąd, bez żadnych konsekwencji. Taka wykładnia przepisu jest niezasadna i nie odpowiada celowi regulacji, jakim jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, wprowadzających zamawiającego w błąd na skutek celowego albo lekkomyślnego lub niedbałego zachowania. Dostrzeżenia wymaga, że brzmienie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest kategoryczne. Przepis ten kreuje po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w razie każdego zaistnienia przesłanek w nim opisanych".
    Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1160/23: „Rację ma również Odwołujący, że oświadczenia Przystępującego odnośnie poz. 4 wykazu tak dalece odbiegały od rzeczywistości, że trzeba je uznać za informacje nieprawdziwe,
    a w ocenie składu orzekającego z art. 16 Prawa zamówień publicznych, stanowiącego podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – można wywieść regułę, że nieprawdziwych informacji nie można zastąpić prawdziwymi. Reguła ta ma w ocenie składu orzekającego niezależnie
    od okoliczności, czy zamawiający przewidział w SWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Prawa zamówień publicznych (czego w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił).".
15. W okolicznościach niniejszej sprawy zasadna jest zatem konkluzja, że skutkiem działań Konsorcjum ANTEX

powinno być odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. W sytuacji jednak, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie, Odwołujący wskazuje jak niżej (w pkt V).

IV. Zarzut braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy:

IV.1) Uzasadnienie prawne:

1. Zgodnie z treścią pkt 1.4.1 lit b) ppkt 2) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:
   b) „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami do obsadzenia następujących funkcji podczas realizacji zamówienia:
   2) Kierownik budowy – wymagania:
   a) musi posiadać uprawnienia budowlane* do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń,
   b) musi posiadać doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót** podczas realizacji minimum:
   - jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi o długości 500m, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 6 miesięcy,
   - jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1000 m wraz z obiektem mostowym klasy A, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 12 miesięcy,
   Do realizacji zadania Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia kompletnej kadry
   o odpowiednich uprawnianiach i kwalifikacjach. (…)
   Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia
   21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.).
   * Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia wydane zgodnie
   z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz przepisów ustawy z dnia
   22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.
   **** Funkcję kierownik budowy lub kierownik robót należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.).”**
2. W treści przekazanego przez Konsorcjum ANTEX wykazu osób jako osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy wykonawca ten wskazał PanaM.C. posiadającego doświadczenie zawodowe zdobyte m.in. na inwestycji „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km.” realizowanej dla zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR” Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu. [Inwestor: Skarb Państwa - GDDKiA].
3. Z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynika jednak, że PanM.C. jedynie przyjął obowiązki kierownika robót drogowych, ale nie dokonywał i nie dokonuje wpisów do dziennika budowy.
   Odwołujący wskazał dowód na powyższe fakty: pismo (zostanie przekazane na rozprawie).
4. Odwołujący wskazał, że okoliczność braku wpisu do Dziennika Budowy osoby pełniącej funkcję Kierownika robót drogowych sprawia, że w istocie Pan M.C. nie pełnił wskazanej funkcji w ramach inwestycji „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km.”, wbrew oświadczeniu Konsorcjum ANTEX zawartemu w treści wykazu robót.
   Powyższe stanowi jednocześnie okoliczność wprowadzenia w błąd Zamawiającego,
   o czym była już mowa w niniejszym odwołaniu.
5. W ocenie Odwołującego do formalnego i faktycznego podjęcia obowiązków kierownika robót dochodzi dopiero w momencie wpisu do dziennika budowy na określonym stanowisku.
   W ocenie Odwołującego PanM.C. mógł na referencyjnej inwestycji pełnić co najwyżej funkcję quasi-kierownika robót, o czym jest również mowa w cytowanym poniżej wyroku.
6. Krajowa Izba Odwoławcza przykładowo w wyroku z dnia 27 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1399/18), stanęła na stanowisku, zgodnie z którym: *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 budowalnych 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 budowalnego, 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.

7. Powyższe znalazło również potwierdzenie w wyroku z dnia 12 lipca 2023 r. (sygn. akt KIO 1822/23), zgodnie z którym - analogicznie jak w stanie faktycznym niniejszego postępowania - Izba uznała, że „w reżimie przywołanej regulacji [Prawo budowlane, jak w niniejszej sprawie – przyp. aut.] odpowiedzialność za wykonywanie nałożonych obowiązków, gdzie analiza dokumentów składających się na dziennik budowy pozwala zidentyfikować należyte wykonanie obowiązków, osoba pełniąca samodzielną funkcję w budownictwie podlega odpowiedzialności zawodowej regulowanej przez odrębne przepisy. (…) odróżnić bowiem należy ponoszenie odpowiedzialności zawodowej przez osoby posiadające szczególne uprawnienia do wykonywania zawodu (za takie zaś należy uznać wykonywanie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie) od odpowiedzialności pracowniczej czy podległości służbowej. (…) Odwołujący celnie przywołał treść art. 45 ustawy Prawo budowlane oraz przepisów wykonawczych, z których wynika, że przed rozpoczęciem robót budowlanych konieczne jest dokonanie wpisów do dziennika budowy przez osoby, którym powierzono określone funkcje. Tylko wówczas takie osoby ponoszą odpowiedzialność zawodową za należyte wykonywanie obowiązków i możliwa jest weryfikacja wykonywania tych obowiązków i przypisanie odpowiedzialności.”.

8. W wyroku z dnia 13 sierpnia 2020 r. (sygn. akt KIO 1644/20) Krajowa Izba Odwoławcza uznała z kolei co następuje: „Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy przez wykluczenie Konsorcjum ERBUD z 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.”.

9. W ocenie Odwołującego okolicznością bezsporną pozostaje, że Pan M. C. nie pełnił funkcji Kierownika robót na wskazanej przez Konsorcjum ANTEX inwestycji referencyjnej, wbrew oświadczeniu tego wykonawcy zawartemu w treści wykazu osób.

10. W tym kontekście Odwołujący ponownie odwołał się do zaprezentowanej wcześniej argumentacji dotyczącej działania wykonawcy mającego na celu uniknięcie odpowiedzialności za zawinione wprowadzenie w błąd zamawiającego, która to argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do omawianego zarzutu odwołania. W okolicznościach niniejszej sprawy zasadna jest zatem konkluzja, że skutkiem działań Konsorcjum ANTEX powinno być odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. W sytuacji jednak, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie, Odwołujący wskazuje jak niżej (w pkt V).

V. Zarzuty ewentualne naruszenia art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp:

1. Uzasadniając sformułowanie zarzutu ewentualnego, Odwołujący wskazał, iż w sytuacji, w której wykonawca nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, dyspozycja art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego przynajmniej do skorzystania z instytucji wezwania wykonawcy do wyjaśnienia względnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału

w postępowaniu – jak zostało to opisane w treści zarzutów niniejszego odwołania.
Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wniósł
o uwzględnienie jego odwołania w całości.

Zamawiający w dniu 07.08.2023 r., stosownie do art. 524 ustawy Pzp (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na platformie e-zamówienia) wezwał wraz kopią odwołania, uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 09.08.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAF) **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ANTEX II Sp. z o.o. (Lider), ul. Dolna 1 /2, 22-680 Lubycza Królewska i WYSOW MOSTY Sp. z o.o. ul. Przyszłość 87, 05-126 Stanisławów Pierwszy**zwani dalej również „Przystępującym", zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ANTEX II Sp. z o.o. (Lider), ul. Dolna 1 /2, 22-680 Lubycza Królewska i WYSOWA MOSTY
Sp. z o.o. ul. Przyszłość 87, 05-126 Stanisławów Pierwszy.

W dniu 10.08.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAF) **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków i Swietelsky AG z siedzibą w Linz, Republika Austrii, figurująca w bazie danych rejestracji firm pod nr FN 83175 t, UID-Nummer: ATU 23240400,** zwani dalej również „Przystępującym 2", zgłosili przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Swietelsky Rail Polska
sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków i Swietelsky AG z siedzibą w Linz, Republika Austrii, figurująca w bazie danych rejestracji firm pod nr FN 83175 t, UID-Nummer: ATU 23240400.

W dniu 21.08.2023 r. odpowiedź na odwołanie drogą elektroniczną (na skrzynkę mailową odwolania@uzp.gov.pl) złożył Zamawiający, w której wskazał: Po zapoznaniu się
z treścią odwołania, zarzutami odwoławczymi sformułowanymi przez Odwołującego, uzasadnieniem tych zarzutów oraz żądaniami określonymi w odwołaniu, wniósł o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, a więc nie zasługującego na uwzględnienie oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania. W uzasadnieniu podniósł w szczególności: Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka". Otwarcie ofert odbyło się w dniu 12.05.2023 r. o godz. 9:00 w Wydziale Zamówień Publicznych Urzędu Miasta Rzeszowa przy użyciu systemu teleinformatycznego. Następnie Zamawiający przystąpił do badania i oceny ofert, a w szczególności dokonał wnikliwej analizy najkorzystniejszej oferty. W toku badania najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyznał 100 pkt Konsorcjum ANTEX, gdzie wybrany Wykonawca wykazał się najniższą ceną ofertową brutto, tj. na kwotę 169 246 417,48 zł
oraz uzyskał maksymalną punktację w zakresie kryterium „okresu rękojmi i gwarancji". W dniu 30.06.2023 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę
z najkorzystniejszą ofertą do złożenia podmiotowych środków dowodowych, gdzie w dniu 10.07.2023 r. Konsorcjum ANTEX przedstawiło żądane podmiotowe środki na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tych wszystkich okoliczności Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 24.07.2023 r., co poskutkowało złożeniem odwołania w dniu 03.08.2023 r. przez Odwołującego.
Zamawiający w SWZ po zmianie treści w dniu 31.03.2023 r., w punkcie 1.4.1 lit. a określił następujące warunki udziału w postępowaniu, w odniesieniu do zdolności technicznej
lub zawodowej, które w zakresie doświadczenia zawodowego Wykonawcy przedstawiały się następująco: „1.4.1 Określenie warunków: a) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej
i długości co najmniej 1000 m, i co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego lub klasy I minimum 3 przęsłowego. Zamawiający uzna, iż warunek powyższy zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca wykaże, iż wykonywał powyższe roboty budowlane w ramach oddzielnych umów lub w ramach jednej umowy. Przez roboty budowlane wykonane należy rozumieć: 1) roboty

budowlane rozpoczęte i zakończone w w/w okresie; 2) roboty budowlane zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie. Klasy dróg określone są w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1518 ze zm.). Przebudowę i budowę należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia 21marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz.1693 ze zm.). Klasa A obiektu określona na podstawie PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Klasa I obiektu określona na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1518 ze zm.). Zamawiający w SWZ po zmianie treści z dnia 31.03.2023 r., w punkcie 1.4.1 lit. b ppkt 2 określił następujące warunki udziału w postępowaniu, w odniesieniu do zdolności technicznej
lub zawodowej, które w zakresie potencjału kadrowego Wykonawcy przedstawiały się następująco: 2) Kierownik budowy – wymagania: a) musi posiadać uprawnienia budowlane* do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, b) musi posiadać doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy
lub kierownika robót** podczas realizacji minimum: - jednej roboty budowlanej polegającej
na przebudowie lub budowie drogi o długości 500m, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 6 miesięcy, - jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1000 m wraz z obiektem mostowym klasy A lub klasy I, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 12 miesięcy, Zamawiający może, na każdym etapie postepowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający dopuszcza połączenie wyżej wskazanych funkcji pod warunkiem spełnienia przez osobę łączącą te funkcje wszystkich warunków wymaganych
dla poszczególnych funkcji, z wyłączeniem Dyrektora Kontraktu. Za drogę Zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U.
z 2022 r. poz. 1693 ze zm.). Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy
w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693 ze zm.). Klasa A obiektu określona na podstawie PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Klasa I obiektu określona na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury
z dnia 24 czerwca 2022r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1518 ze zm.).
* Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia wydane zgodnie
z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz przepisów ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r.
o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

** Funkcję kierownik budowy lub kierownik robót należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351
ze zm.).
W ocenie Odwołującego Zamawiający niesłusznie i niezgodnie z przepisami ustawy Pzp wybrał ofertę Konsorcjum ANTEX jako najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jego oferta powinna zostać odrzucona z uwagi na to, że wobec tego wykonawcy spełniły się przesłanki wykluczenia,
o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż na podstawie tych przepisów Konsorcjum ANTEX powinno być wykluczone z postępowania, ponieważ Wykonawca w zakresie wykonywanych przez siebie robót w ramach zamówienia pn. „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”, a także przekazując Zamawiającemu informacje w przedmiocie pełnienia przez Pana M.C. funkcji Kierownika robót wprowadził Zamawiającego w błąd oraz świadomie i celowo
(w stopniu rażącym) zataiło informacje, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ zdecydowało o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący dowodzi, że Konsorcjum ANTEX w wykazie robót budowlanych w wierszu nr 2 wskazało zamówienie pn. „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15” realizowaną na rzecz Konsorcjum PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH. W treści wykazu Konsorcjum oświadczyło jeszcze, że inwestycję tę realizowało o

lipca 2020 r. do listopada 2021 r. i polegała ona na budowie obiektu mostowego MS-1 klasy A -5 przęsłowego. Z referencji dostarczonych przez Konsorcjum ANTEX wynikało, że na rzecz Konsorcjum PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH, któ był generalnym wykonawcą obecna Wysowa Mosty Sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym (wcześniej Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Wysowa" sp. z o.o. sp.k.
z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym) realizowała zakres robót polegający na realizacji wszystkich robót budowlanych wynikających z umowy podwykonawczej wraz z pracami towarzyszącymi niezbędnymi do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy. Zdaniem Odwołującego konsorcjum ANTEX oświadczyło, że realizowało w ramach referencyjnej inwestycji budowę obiektu mostowego MS-1 klasy A – 5 – przęsłowego przy wymogu z SWZ obiektu mostowego klasy A minimum 3 – przęsłowego lub klasy I minimum 3- przęsłowego, podczas gdy jest on w posiadaniu umowy łączącej wykonawcę z Generalnym Wykonawcą PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH, z której wynika, że Wysowa Mosty sp. z o.o. wykonało jedynie kompleksową obsługę ciesielsko-zbrojarską obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego. Z tego też powodu Odwołujący twierdzi,
że Konsorcjum ANTEX nie spełniło warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostały określone w punkcie 1.4.1 lit. a SWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum ANTEX spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na tę okoliczność przedstawił oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, ponieważ realizował budowę obiektu mostowego MS-1 klasy A 5-przęsłowego na zadaniu pn. „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15". Warunek celowo w taki sposób został sformułowany przez Zamawiającego, żeby nie ograniczać konkurencji, bo po pierwsze Zamawiający wymagał w postępowaniu tylko jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A lub I minimum 3 – przęsłowego (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych), a po drugie nie wskazywał, jakie konkretne roboty w zakresie budowy lub przebudowy tego rodzaju mostu Wykonawca miałby ewentualnie wykonywać. Należy wskazać, że Konsorcjum ANTEX oprócz wskazanego powyżej wykazu robót budowlanych przedłożyło również referencje, z których jasno wynikało, że zakres robót realizowany przez Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą
w Stanisławowie Pierwszym (poprzednio Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Wysowa" sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym) obejmował wszystkie roboty budowlane wynikające z umowy wraz z pracami towarzyszącymi niezbędnymi do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, co potwierdzało dane przedstawione przez Konsorcjum ANTEX w przedmiotowym wykazie. Dowód wskazywany przez Odwołującego, a mianowicie umowa podwykonawcza nr 7010079483 z dnia 17.04.2020 r. w żaden sposób nie dowodzi zdaniem Zamawiającego, że Konsorcjum ANTEX nie spełnia warunku udziału
w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum ANTEX w odniesieniu do potencjału kadrowego, tj. Pan M.C. wskazanego do pełnienia funkcji Kierownika budowy poprzez oświadczenie złożone przez Konsorcjum ANTEX w wykazie osób, że Pan M.C. na referencyjnej inwestycji pn. "Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej
nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km" pełnił funkcję Kierownika robót w rozumieniu definicji zawartych
w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 682 z późn. zm.), dalej zwana „Prawem budowlanym", podczas gdy zdaniem Odwołującego Pan M.C. jedynie przyjął obowiązki Kierownika robót drogowych, ale nie dokonywał i nie dokonuje wpisów do dziennika budowy, co oznacza, że nie pełnił i nie pełni funkcji Kierownika robót w rozumieniu definicji zawartych w tej ustawie. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego w tym zakresie. Na potwierdzenie spełniania warunku udziału
w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego Wykonawcy Konsorcjum ANTEX przedłożyło Zamawiającemu dokumenty podmiotowe, w których zostało zawarte oświadczenie, że funkcję Kierownika budowy będzie pełnił Pan M.C., który spełnia warunek wymaganego doświadczenia, ponieważ posiada: 1) doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji: kierownika robót podczas realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie drogi o długości 2,6 km (min. 500m) czas pełnienia funkcji wynosił 18.06.2014- 14.12.2015 [17 m-cy] (minimum 6 miesięcy) w ramach zamówienia
pn. „Rozbudowa drogi krajowej Nr 17 na odcinku Łabunie Reforma - Polanówka od km 191+200 do skrzyżowania z drogą powiatową Nr 3265L w km 193+596 (wraz ze skrzyżowaniem) od km 191+200 do km 193+800" zrealizowanego dla zamawiającego: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Zamościu,[Inwestor: GDDKiA Oddział Lublin], 2 doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji: kierownika robót podczas realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie drogi klasy GP (G lub wyższej) o długości 16,13 km (min. 1000m) wraz z obiektem mostowym klasy A czas pełnienia funkcji wynosił
od 20.10.2020 do obecnie [ponad 32 mce] (minimum 12 miesięcy)
w ramach zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km" realizowanego dla Zamawiającego: Przedsiębiorstwo

Usług Technicznych „INTERCOR" Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu.[Inwestor: Skarb Państwa – GDDKiA]. Zamawiający w oparciu o oświadczenie Wykonawcy zawarte w treści dokumentu pn. Wykaz osób
w powyższym zakresie uznał, że Konsorcjum ANTEX spełnia warunki udziału w postępowaniu postawione przez Zamawiającego w zakresie potencjału kadrowego.
Odwołujący podnosi w swoim odwołaniu, że Pan M. C. nie pełnił wskazanej funkcji w ramach inwestycji pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km", tym samym poddając w wątpliwość oświadczenie Konsorcjum ANTEX. Odwołujący dołączył do swego odwołania oświadczenie Pana M. C. z dnia 28.09.2020 r. o przyjęciu obowiązków Kierownika robót drogowych, twierdząc, że Pan M.C. jedynie przyjął obowiązki związane z pełnieniem tej funkcji, ale nie dokonywał i nie dokonuje wpisów do dziennika budowy. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego
w tym zakresie. Zamawiający podkreślił, że przy inwestycjach o niewielkim zakresie Kierownik robót może samodzielnie nadzorować prace budowlane. Wówczas rzeczywiście jego obowiązki są tożsame z obowiązkami Kierownika budowy. Kierownik robót pojawia się, jako funkcja uzupełniająca przy skomplikowanych inwestycjach wymagających wiedzy
i doświadczenia z różnorodnych specjalności budowlanych. W tym wypadku funkcja Kierownika budowy i Kierownika robót nie są tożsame. Odwołujący w treści swego odwołania przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27.07.2018 r., sygn. akt KIO 1399/18, który został wydany w okresie, kiedy obowiązywał cytowany w tym wyroku art. 45 ust. 2 Prawa budowlanego, który już nie obowiązuje. Poniżej Zamawiający przytacza brzmienie całego przepisu zawartego w art. 45, który w takim kształcie już od 2020 r. nie obowiązuje.
Art. 45: 1. Dziennik budowy stanowi urzędowy dokument przebiegu robót budowlanych oraz zdarzeń i okoliczności zachodzących w toku wykonywania robót i jest wydawany odpłatnie przez organ administracji architektoniczno-budowlanej. 2. 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. 3. Przepisy ust. 1 i 2 stosuje się odpowiednio do prowadzenia dzienników: montażu i rozbiórki. 4. Minister właściwy do spraw budownictwa, planowania i zagospodarowania przestrzennego oraz mieszkalnictwa określi,
w drodze rozporządzenia, sposób prowadzenia dzienników budowy, montażu i rozbiórki
oraz osoby upoważnione do dokonywania w nich wpisów, a także dane, jakie powinna zawierać tablica informacyjna oraz ogłoszenie zawierające dane dotyczące bezpieczeństwa
i ochrony zdrowia. 5. W rozporządzeniu, o którym mowa w ust. 4, określa się w szczególności: 1) kształt i wymiary tablicy informacyjnej oraz napisów na niej umieszczonych; 2) formę ogłoszenia; 3) miejsce umieszczenia tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia; 4) zakres danych osobowych uczestników procesu budowlanego i pełnionych przez nich funkcji w dziedzinie bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia; 5) informacje dotyczące decyzji o pozwoleniu
na budowę; 6) informacje dotyczące podmiotów wykonujących roboty budowlane, w tym imię lub imiona i nazwisko lub nazwę i adres; 7) przewidywane terminy rozpoczęcia i zakończenia wykonywania robót budowlanych oraz maksymalną liczbę pracowników zatrudnionych
na budowie; 8) informacje dotyczące telefonów alarmowych.
Przepis przytoczony powyżej został zmieniony 19.09.2020 r. Obecne brzmienie przepisu jest następujące: Art. 45: W przypadku robót budowlanych wymagających ustanowienia kierownika budowy prowadzi się dziennik budowy zgodnie z przepisami rozdziału 5a.
Jak wynika z przytoczonego powyżej aktualnego brzmienia tego przepisu nie ma już obowiązku potwierdzania przyjęcia obowiązków wpisem do dziennika budowy osób, którym powierzono kierownictwo, nadzór, czy też kontrolę techniczną robót budowlanych. Dlatego też zdaniem Zamawiającego Pan M.C. nie miał obowiązku potwierdzać w dzienniku budowy przyjęcia powierzonej mu funkcji Kierownika robót drogowych na zadaniu
pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km". Zamawiający podkreślił jeszcze, że obecnie w Prawie budowlanym żaden przepis prawa nie zawiera obowiązku potwierdzania przyjęcia do pełnienia obowiązków związanych z funkcją czy to Kierownika robót drogowych, czy też innych osób, którym powierzono kierownictwo, nadzór, czy kontrolę robót budowlanych. Oczywiście w toku całego procesu budowlanego osoby te mogą dokonywać wpisów do dziennika budowy, ponieważ przepis prawa daje im takie uprawnienie, ale to nie jest ich obowiązek. Uprawnienie, to wynika z przepisu Prawa budowlanego zawartego w art. 47 e, który brzmi następująco: 1. Uprawnionymi do dokonania wpisu
w dzienniku budowy są: 1) uczestnicy procesu budowlanego; 2) geodeta uprawniony wykonujący na terenie budowy czynności geodezyjne na potrzeby budownictwa;
3) upoważnieni pracownicy organów nadzoru budowlanego i innych organów uprawnionych do kontroli przestrzegania przepisów na terenie budowy, w ramach dokonywanych czynności kontrolnych. 2. Pracownik organu nadzoru budowlanego, o którym mowa w ust. 1 pkt 3, potwierdza swoją obecność na terenie budowy wpisem w dzienniku

budowy. Zamawiający wskazał, że w oparciu o dokumenty, którymi dysponował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uznał, że Konsorcjum ANTEX spełnia warunki udziału
w postępowaniu. Dlatego też Zamawiający nie był zobligowany w oparciu o art. 128 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wezwania wybranego Wykonawcy do wyjaśnienia, czy też uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału
w postępowaniu. Wobec tego Zamawiający uznaje, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego, jako ewentualne należy również uznać za całkowicie bezzasadne. Wywody Odwołującego przeprowadzone na okoliczność uchybienia przez Zamawiającego przepisom art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (w poprzednio obowiązującej ustawie Pzp art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17) nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości z uwagi na powyższe wywody,
a ponadto Zamawiający stosując przewidziane w ustawie Pzp instrumenty dokonał rzetelnej oceny najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ANTEX, wobec tego nie ma podstaw
do wysnuwania przez Odwołującego powyższych zarzutów wobec Zamawiającego. Wskazuje na to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 600/20, gdzie skład orzekający w swojej aktualnej tezie wskazuje, że „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie określonej postaci winy nieumyślnej byłoby niezwykle trudne, gdyż wymagałoby dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby powody wprowadzenia w błąd zamawiającego. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta, jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy, decydując się na udział w postępowaniu, winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów”. Dalej w uzasadnieniu powyższego wyroku skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przedstawia, że wskazana przesłanka uzależnia wykluczenie Wykonawcy od tego, czy można mu przypisać winę
we wprowadzeniu w błąd Zamawiającego. Winę na gruncie prawa cywilnego dzieli się
na umyślną, czyli polegającą na działaniu lub zaniechaniu, bądź winę nieumyślną, cechującą się niedołożeniem należytej staranności - niedbalstwem albo lekkomyślnością. Definicja należytej staranności zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. Dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak precyzuje rodzima judykatura, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający
od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok SN z 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). W praktyce jego zastosowanie polega na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zaostrzone
w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej
oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania. W tym miejscu Zamawiający przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.03.2018 r., sygn. akt KIO 421/18, wydanego
w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, ale zachowującym nadal aktualność, którego jedna z tez brzmi następująco: Art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wymaga, by działanie wykonawcy (przekazanie wprowadzających w błąd informacji) było zawinione. Jednak może to być wina najlżejszego rodzaju, wynikająca z lekkomyślności lub niedbalstwa. Tym samym nie jest wymagane działanie umyślne, choć takie, jako dalej idące, również spełnia warunki przepisu. W przypadku pkt 17 wystarczy lekkomyślności lub niedbalstwo, a w przypadku pkt 16 potrzeba więcej - wykonawca musi działać umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa. Ponadto
pkt 16 mówi wyraźnie o wprowadzeniu w błąd zamawiającego, podczas gdy w pkt 17 chodzi jedynie o przekazanie informacji wprowadzających (potencjalnie) w błąd. W zakresie wprowadzenia w błąd art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. ma co do zasady znacznie szerszy zakres niż pkt 16. W przypadku pkt 16, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy to nieprawdziwe informacje winny dotyczyć tego, że wykonawca deklaruje, iż nie podlega wykluczeniu
z postępowania oraz, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji.
W przypadku pkt 17 chodzi o każde informacje mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający podziela argumentację zawartą w ww. wyroku

Krajowej Izby Odwoławczej, która podkreśla
w uzasadnieniu tegoż wyroku, że w obu przypadkach jednak niewątpliwym jest, że aby dokonać wykluczenia z powodu podania nieprawdziwych informacji, występuje konieczność ustalenia nieprawdziwości informacji lub nierzetelności w ich przedstawianiu. Pojęcie prawdy na gruncie prawa zamówień publicznych należy rozumieć tak, jak to ma miejsce w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z rzeczywistością, tj. z "faktami"
i "danymi" (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99). W tym zakresie aktualną należy nadal uznawać tezę z orzeczenia KIO z dnia 19 listopada 2013 r., KIO 2575/13, gdzie Izba wskazała, nie jest wystarczającym dla uznania złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może podane informacje nie są ścisłe lub błędne, ale niezbędne jest wykazanie tej kwestii. Również za wyrokiem z 20 marca 2017 r., sygn. KIO 382/17 wskazać należy, że przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bardziej pojemna
i zawiera w sobie przesłankę wskazaną w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, która stanowi przypadek kwalifikowanego wprowadzenia w błąd Zamawiającego. Tak wiec Zamawiający podkreślł mając na uwadze przytoczony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, jak również bogate orzecznictwo w tym zakresie, że aby skorzystać z dyspozycji artykułu 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w kwestionowaniu prawidłowości czynności Wykonawcy Zamawiający winien wykazać w oparciu o niebudzące wątpliwości dowody, spełnienie przez czynność wykonawcy wszystkich przesłanek wymienionych w ww. przepisach. Sam fakt podniesienia wątpliwości
w tym zakresie nie może być podstawą do uznania zasadności postawionego w tym zakresie zarzutu. Ponadto z samego jeszcze faktu, iż złożone informacje w formie wykazu robót czy wykazu osób nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postepowaniu nie można wnioskować o złożeniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak również w sposób przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy PZP), polegające na tym,
że oferta wybranego wykonawcy Konsorcjum ANTEX, którą Zamawiający uznał za zgodną
z treścią SWZ, w ocenie przedstawionej przez Odwołującego taka nie jest. Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, ponieważ uważa, że przeprowadził ocenę ofert złożonych w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bardzo wnikliwie i rzetelnie, w tym również ocenę oferty Konsorcjum ANTEX, a wybierając ofertę tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszą w żaden sposób nie naruszył obowiązujących przepisów prawa zawartych w ustawie Pzp.

W dniu 25.08.2023 r. pismo procesowe drogą elektroniczną (na skrzynkę mailową odwolania@uzp.gov.pl) złożył Przystępujący, w którym wskazał w szczególności: Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad oceny zdolności podmiotowej wykonawcy
w zakresie dotyczącym: wykluczenia z postępowania ze względu na przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej (wskazano art. 224 ust 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – dalej ustawa Pzp) w zw. z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp); odrzucenia oferty ze względu na brak spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej (wskazano art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust 1 i ust 2 pkt 4 ustawy Pzp. Oba zarzuty odnoszą się do dwóch sytuacji faktycznych: wykazania doświadczenia w zakresie wykonania robót budowlanych; wykazania potencjału osobowego - kierownika budowy.

I. Doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych:

Nie ma sporu pomiędzy Stronami, że Zamawiający wymagał w pkt. VI 1.4.1 lit a) swz,
aby wykonawca wykazał że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie
lub budowie drogi klasy G lub wyższej i długości co najmniej 1000 m, i co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum
3 przęsłowego lub klasy I minimum 3 przęsłowego. Zamawiający uzna, iż warunek powyższy zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca wykaże, iż wykonywał powyższe roboty budowlane w ramach oddzielnych umów lub w ramach jednej umowy. Przez roboty budowlane wykonane należy rozumieć: 1) roboty budowlane rozpoczęte i zakończone w w/w okresie;

2) roboty budowlane zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie. Klasy dróg określone są w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1518 ze zm.). Przebudowę i budowę należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia 21marca 1985 r. o drogach publicznych

(tj. Dz. U. z 2022 r. poz.1693 ze zm.) Klasa A obiektu określona na podstawie PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Klasa I obiektu określona na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1518 ze zm.). W celu wykazania spełnienia warunku wykonawca obowiązany był na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu wykonanych robót budowlanych, którego wzór stanowił załącznik do wezwania z dnia 30 czerwca 2023 r. wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie robót. Przystępujący w wykazie umieścił pracę wykonaną na rzecz PORR SA oraz PORR Bau GmbH (generalny wykonawca) polegającą na wykonaniu roboty budowlanej polegającej na budowie mostu (obiekt MS-1) w ramach inwestycji Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego
w ciągu drogi krajowej nr 15. Inwestorem był Skarb Państwa, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Olsztynie. Do wykazu załączona została referencja wystawiona przez Generalnego Wykonawcę. Odwołujący w tym zakresie podnosi,
że Przystępujący wprowadził w błąd Zamawiającego w ten sposób, że wykazał się wykonaniem prac o innym zakresie niż wymagany w warunku. W umowie podwykonawczej zawartej między PRI Wysowa Sp z o.o. sp.k (poprzedniku prawnym Wysowa Mosty Sp z o.o. będącego członkiem konsorcjum Przystępującego) a PORR SA i PORR Bau GmbH (dalej PORR) przedmiot umowy został nazwany jako „kompleksowa obsługa ciesielsko-zbrojarska obiektów mostowych na budowie obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego". Wnioskując po nazwie zleconego świadczenia Odwołujący dowodzi, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a przede wszystkim, że wprowadził Zamawiającego celowo w błąd co do spełnienia warunku. Z oceną taką nie można się zgodzić. Zgodnie z art. 109 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp wykluczeniu podlega taki wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji,
że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Aby więc doszło do wykluczenia powinny zajść łącznie następujące okoliczności: 1. wykonawca wprowadza zamawiającego
w błąd podając informacje nieprawdziwe, 2. informacje nieprawdziwe podane są umyślnie
lub w wyniku rażącego niedbalstwa, 3. informacje dotyczą warunków udziału w postępowaniu, 4. podane informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, istniejącym stanem faktycznym. Są to więc informacje nieprawdziwe, oddające fałszywie stan faktyczny, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (taką definicję błędu podaje Z. Radwański [w:] System Prawa Prywatnego, red. Z. Radwański, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, red. M. Safjan, Warszawa 2008, s. 397). W omawianym przypadku trudno jednak stwierdzić, że informacje podane przez Przystępującego są
w jakimkolwiek stopniu nieprawdziwe. Odwołujący wywodzi, że prace wykonane na rzecz PORR nie spełniają wymagań zamawiającego, a co za tym idzie podanie o nich informacji
w wykazie jest wprowadzeniem w błąd. Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A lub I minimum 3 przęsłowego (w rozumieniu ustawy o drogach publicznych). Odwołujący nie kwestionuje, że Przystępujący brał udział w wykonaniu robót budowlanych dotyczących budowy obiektu mostowego MS-1 zlokalizowanego na obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego, który to obiekt jest pięcioprzęsłowy oraz spełnia wymagania dla obiektu klasy A. Jedyny problem, na jaki wskazuje Odwołujący to wprowadzenie w błąd, bo wykonany był inny zakres prac był rzekomo inny niż wymagany przez Zamawiającego. Odwołujący przy tym nie podaje żadnej argumentacji dlaczego wskazanie informacji o wykonaniu robót budowlanych jest niezgodne z rzeczywistością. Należy domyślać się, że Odwołujący uważa, że warunek „wykonanie robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie obiektu mostowego" należy zawsze rozumieć jako generalne wykonawstwo w zakresie takiego obiektu. Tymczasem treść warunku sformułowana w swz takiego zastrzeżenia nie posiada. Zamawiający opisał wymagane doświadczenie jako wykonanie robót budowlanych. Zgodnie z art. 7 pkt 21 ustawy Pzp przez roboty budowalne należy rozumieć wykonanie
lub zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w Załączniku nr II
do dyrektywy 2014/24/UE. W przywołanym załączniku znajduje się tabela ze wskazaniem rodzajów prac, jakie należy traktować jako roboty budowlane. W dziale Budownictwo w klasie 45.21 wskazuje się m.in. że robotami budowlanymi jest budowa mostów (w tym na potrzeby podwyższonych autostrad) wiaduktów, tuneli i przejść podziemnych. Prace polegające na budowie mostów są oznaczone kodem CPV 45221100-3 i objęte są klasą 45220000 Roboty inżynieryjne i budowlane. W tabeli w klasie 45.23 ujęto zaś budowę autostrad, szos, dróg oraz innych dróg dla pojazdów i pieszych. W ogłoszeniu o zamówieniu na Budowę obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15 zamawiający (GDDKiA) wskazał m.in. ten kod CPV tj. 45220000.

Zamawiający wskazał też, że doświadczenie ma polegać na budowie lub przebudowie obiektu mostowego i odwołał się w tym zakresie do przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; zgodnie z art. 3 pkt 7 prawa budowlanego przez przebudowę należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zamawiający w warunku nie wskazał, że jedynym właściwym doświadczeniem jest wykonanie od początku nowego obiektu mostowego w pełnym zakresie prac niezbędnym do pozyskania nowego obiektu, włącznie z pracami wykończeniowymi, a to zdaje się sugerować Odwołujący. Warunki udziału w postępowaniu mają za cel sprawdzenie, czy wykonawca podoła przyszłemu zadaniu. Warunek dotyczący doświadczenia jest często wykorzystywany przez zamawiających, bo pozwala na wyeliminowanie podmiotów, które nie mają doświadczenia w realizacji prac podobnych. W tym postępowaniu Zamawiający weryfikuje dwie umiejętności: (1) budowa drogi o określonej klasie i skali, (2) budowa obiektu mostowego o określonej klasie i konstrukcji. Zarzut dotyczy drugiej z umiejętności. Odwołujący stara się wykazać że Przystępujący wymaganej umiejętności budowy obiektu mostowego nie posiada i wiedząc o tym wprowadza Zamawiającego w błąd. Przystępujący wykazał,
że wykonał prace polegające na budowie obiektu mostowego o konstrukcji pięcioprzęsłowej
i klasie A. Zakres prac, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wskazuje na posiadanie doświadczenia w robotach budowlanych polegających na budowie obiektów mostowych. Wysowa Mosty Sp. z o.o. zgodnie z umową zawartą z PORR odpowiadała za wykonanie całkowitej konstrukcji obiektu mostowego wraz z niektórymi robotami polegającymi
na montażu wyposażenia. W zakres prac wchodziły: wykonanie betonów podkładowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ław fundamentowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania filarów słupowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania przyczółków mostowych wraz z montażem taśm dylatacyjnych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ciosów podłożyskowych (elementy wykonywane w II etapie
po wykonaniu ustroju nośnego); wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ustroju nośnego metodą nasuwania podłużnego; montaż rur osłonowych, zakotwień czynnych
i biernych, kształtek „diabolo" systemu sprężania ustroju nośnego; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania płyt przejściowych; wykonanie zbrojenia, deskowania
i betonowania kap chodnikowych; montaż krawężników wraz z uszczelnieniem przerw materiałem trwaleplastycznym; montaż desek gzymsowych wraz z uszczelnieniem przerw materiałem trwaleplastycznym; montaż wpustów i sączków systemu odwodnienia wraz
z przeprowadzeniem rur odwodnieniowych przez ustrój nośny; montaż kotew talerzowych łączących ustrój nośny z kapami chodnikowymi; wykonanie izolacji powłokowej cienkiej
na zimno elementów żelbetowych; przygotowanie i zabetonowanie wnęki dylatacyjnej
po montażu dylatacji modułowych.
[Załącznik nr 1 - Załącznik nr 1 do Umowy z dnia 17.04.2020 r. nr 7010079483]
Dodatkowo w związku z zastosowaną technologią nasuwki: przygotowanie stanowiska
do nasuwania podłużnego obiektu w zakresie wykonania belek ślizgowych oraz montażu rusztu stalowego i deskowania ustroju nośnego; montaż technologii do nasuwania podłużnego (siłowniki wypychające typu Eberspracher, łożyska tymczasowe na podporach oraz prowadzenia boczne); pełna obsługa nasuwania podłużnego (w zakresie pracy „maszynek"
do nasuwania oraz łożysk tymczasowych i prowadzeń bocznych); demontaż stanowiska
do nasuwania podłużnego oraz elementów nasuwania podłużnego. Trudno powyższy zakres prac uznać za coś innego niż wykonywanie robót budowlanych (zrozumianych zgodnie
z definicją podaną powyżej) polegających na budowie obiektu mostowego. W wyniku wykonania prac przez Wysowa Mosty powstała pełna konstrukcja obiektu mostowego wraz
z niektórymi elementami wyposażenia.
Należy w tym miejscu podać podstawowe informacje dotyczące konstrukcji mostów.
„W każdym obiekcie mostowym można wyodrębnić dwie zasadnicze grupy elementów konstrukcyjnych: podpory (nazywane konstrukcją dolną) oraz przęsła (nazywane konstrukcją górną) (rys. 3-1). W tym miejscu w piśmie Przystępujący przedstawił rysunek z podpisem: „Rys. 3-1. Główne elementy obiektu mostowego".
Głównym zadaniem podpór jest przeniesienie na grunt ciężaru własnego całego obiektu oraz wszystkich obciążeń na niego oddziałujących: obciążeń związanych z użytkowaniem, parciem wiatru, parciem gruntu, wody, lodu, a także zmiany temperatury, zjawiska reologiczne (skurcz, pełzanie, relaksacja, osiadanie gruntu itp.). Podpory skrajne są nazywane

przyczółkami, natomiast podpory pośrednie – filarami. Przyczółki przenoszą przede wszystkim parcie gruntu oraz obciążenia pionowe związane z ciężarem własnym obiektu i obciążeniami użytkowymi. Filary przenoszą obciążenia pionowe (ciężar własny i obciążenia użytkowe)
oraz oddziaływania poziome, takie jak: siły hamowania, siły odśrodkowe od uderzeń bocznych taboru na obiekcie, parcie wiatru i kry, uderzenia taboru pływającego. Podpory mostowe składają się z korpusu podpory oraz fundamentu. Podpory obiektów mostowych są najczęściej wykonane z betonu. Fundamenty obiektów mostowych mogą być projektowane
jako bezpośrednie (tzw. płytkie), tzn. płyty, ławy lub stopy fundamentowe lub pośrednie
(tzw. głębokie) w postaci studni, pali, ścian szczelinowych itp. W głębokich fundamentach obiektów mostowych najczęściej stosuje się pale formowane w gruncie lub wbijane. Przęsło obiektu mostowego to część zawarta między sąsiednimi podporami. Składa się
z następujących zasadniczych elementów konstrukcyjnych: pomostu, dźwigarów i elementów stężających (rys. 3-2). W tym miejscu w piśmie Przystępujący przedstawił rysunek z podpisem:
„Rys. 3-2. Przekrój poprzeczny przęsła obiektu mostowego betonowego”.
Zadaniem pomostu jest umożliwienie ruchu pojazdów i pieszych po przęśle Oraz przekazanie oddziaływań na dźwigary główne. Pomost jest najczęściej wykonany z żelbetu, betonu sprężonego, stali lub drewna.
Zadaniem dźwigarów głównych jest podtrzymywanie pomostu oraz przekazanie na podpory oddziaływań od wszystkich obciążeń przęsła. Dźwigary pełnią w przęśle najważniejszą rolą konstrukcyjną, stąd nazwy różnych rodzajów obiektów mostowych pochodzą od nazw dźwigarów, np. obiekt mostowy kratownicowy od dźwigarów głównych kratownicowych [133].
Elementy stężające zapewniają współpracę dźwigarów głównych i przenoszenie oddziaływań poziomych (np. wiatru, uderzeń taboru) [133].
W zależności od rodzaju przekroju poprzecznego każdą z tych części (pomost, dźwigary główne, elementy stężające) można wyodrębnić w przęśle lub jeden element spełnia funkcję dwóch lub trzech wymienionych części. Przykładowo w przęśle o przekroju poprzecznym płytowym płyta o odpowiednio dużej wysokości konstrukcyjnej pełni jednocześnie funkcję dźwigara, pomostu i elementów stężających. W przęśle o przekroju poprzecznym belkowym wyodrębniony jest dźwigar, pomost i elementy stężające.
Oprócz wymienionych elementów konstrukcyjnych każdy obiekt mostowy (przęsło) musi zawierać elementy wyposażenia. Elementy wyposażenia umożliwiają bezpieczne użytkowanie obiektu mostowego oraz zapewniają jego trwałość.
Do najważniejszych elementów wyposażenia należą:
• izolacja,
• nawierzchnia jezdni i chodników,
• kapy chodnikowe, gzymsy, krawężniki,
• odwodnienie,
• urządzenia dylatacyjne,
• łożyska,
• balustrady, barieroporęcze i bariery ochronne.”.
Źródło: KATALOG TYPOWYCH KONSTRUKCJI DROGOWYCH OBIEKTÓW MOSTOWYCH I PRZEPUSTÓW. C
Podstawowe wiadomości o drogowych obiektach mostowych. Autorzy Katalogu: dr hab. inż. T.S., prof. PRz, dr inż. E.M., mgr inż. D.K., mgr inż. E.R., mgr inż. D.M., mgr inż. A.W. Współpraca niezależna: dr inż. G.B. – Centrum Technologiczne Budownictwa Instytut Badań i Certyfikacji, mgr inż. M.P. - Centrum Promoc Katalog został zarekomendowany do stosowania przez Ministra Infrastruktury
w 2019 r.
Mając podstawową wiedzę o budowie mostu należy zauważyć, że całość elementów konstrukcyjnych tj. wykonanie podpór (przyczółków oraz podpór słupowych, ławy fundamentowej, ustroju nośnego (przęseł), a także część elementów zaliczanych do wyposażenia jak kapy chodnikowe, gzymsy, krawężniki, odwodnienie (montaż dolnej części wpustów, odwodnienie przyczółków), izolacje bitumiczne na zimno są w zakresie umowy. Prace główne zostały nazwane pracami ciesielsko-zbrojeniowymi, gdyż Wysowa Mosty wykonywała roboty z materiałów powierzonych – m.in. betonu oraz stali, które były dostarczane przez generalnego wykonawcę. Nie zmienia to jednak faktu, że Wysowa Mosty w całości odpowiadała za wskazany zakres rzeczowy.
W celu zobrazowania zakresu wykonanego przez Wysowa Mosty Przystępujący załączył
do pisma procesowego dwa rysunku poglądowe, na których zaznaczono prace wykonane przez wykonawcę i prace pozostałe.
[Załącznik 2 i Załącznik 3 – rysunki obiektu mostowego MS1]
Potwierdzeniem zaś, że wykonywany zakres niesie główny ciężar wykonania obiektu mostowego jest opinia dr hab. inż.

M.M., prof. Politechniki Gdańskiej, gdzie pełni funkcję Kierownika zespołu mostów.
[Załącznik nr 4 – opinia techniczna]
Wysowa Mosty była również odpowiedzialna za
• nadzór zgodny z prawem budowlanym
• zabezpieczenie robót pod kątem BHP
• przyjęcie i zdanie terenu budowy przy obiekcie
• utrzymanie porządku na terenie budowy przy obiekcie

• rozładunek i załadunek materiałów budowlanych dostarczanych przez Zleceniodawcę, które są powierzane Zleceniobiorcy
• sprawdzenie ilościowe materiałów bezpośrednio po dostawie,
• montaż rusztowań, podestów, drabin i innych zabezpieczeń BHP w obrębie i zakresie prowadzenia robót
• rozliczenie powierzonego przez Zleceniodawcę materiału i sprzętu po zakończeniu robót
• comiesięczne przedstawienie zaawansowania robót w formie uzgodnionej w kontrakcie
• przysyłanie do biura budowy ZD cotygodniowych raportów z postępu robót i planów
na kolejny tydzień
• przygotowanie Planów Naprawczych w przypadku wystąpienia usterek wynikających
z bezpośredniego działania Zleceniobiorcy"
(Załącznik nr 1 do Umowy z dnia 17.04.2020 r. nr 7010079483)
Jak wynika z powyższego zestawienia w zakresie prac Przystępującego leżały również typowe czynności organizacyjno-administracyjne związane z wykonywaniem obiektu mostowego.
Nie sposób więc uznać, że wiedząc o zakresie prac, jaki został wykonany, w tym
w wymagającej wysokich umiejętności technologii nasuwki, gdzie cała odpowiedzialność
za wykonanie ciążyła na Wysowa Mosty, Przystępujący przedstawił informacje nieprawdziwe i to w celu wprowadzenia w błąd.
Nawet gdyby kontrfaktycznie przyjąć, że wykonany zakres prac jest zbyt skromny by uznać go za spełniający warunek, to nie sposób uznać, że Przystępujący chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd lub wykazał się rażącym niedbalstwem w tym zakresie. „Nie każdy brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być utożsamiany z zajściem okoliczności uprawniających do wykluczenia wykonawcy ze względu na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku
z 14.02.2020 r., KIO 197/20, LEX nr 2937380: „nie jest uprawnione utożsamianie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ZamPublU. Inny sposób rozumienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie przesądza automatycznie o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego". (W. Dzierżanowski i inni autorzy, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wolters Kluwer. Warszawa 2021).
Odwołujący sugeruje inną treść warunku niż podana w swz – jego zdaniem jedynie wykonanie pełnego obiektu mostowego wraz z pełnym wyposażeniem, w tym ułożeniem nawierzchni drogowej, odpowiadałoby spełnieniu warunku. Teza ta, jak wskazano powyżej jest błędna, gdyż literalna treść warunku nie zawiera takiego ograniczenia. Zamawiający dopuścił wykazanie się wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie, co oznacza również rozbudowę lub odbudowę, a także na przebudowie. Zakresy rozbudowy, odbudowy
i przebudowy bez wątpienia nie wymagają zawsze wykonania wszelkich rodzajów prac, jakie pojawiają się przy budowie nowego obiektu, a zamawiający dopuścił wykazaniem się takim doświadczeniem. Teza ta nie wytrzymuje również interpretacji celowościowej. Jeżeli przyjmiemy, że celem postawienia warunku doświadczenia jest pozyskanie wykonawcy, który potrafi wykonać pewne prace (uznane przez zamawiającego za warte weryfikacji, a więc kluczowe dla powodzenia przedsięwzięcia), to z pewnością bardziej doświadczony jest podwykonawca, któremu zlecono bezpośrednie i faktycznie wykonanie robót kluczowych (konstrukcyjnych oraz w części wyposażeniowych) składających się na budowę obiektu mostowego niż generalny wykonawca, który korzysta z podwykonawców. Nie jest tajemnicą, że Odwołujący samodzielnie nie wykonuje prac ani z zakresu konstrukcji, ani z zakresu wyposażenia obiektów mostowych. Jego doświadczenie sprowadzające się do koordynacji prac miałoby być jednakże jedynym spełniającym warunek. Wniosek taki wydaje się absurdalny.
Wykonany zakres prac w opinii Przystępującego jest wystarczający do stwierdzenia,
że posiada on wymagane doświadczenie. Wykonawca więc w żaden sposób nie miał zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd tj. spowodowania by miał on mylne wyobrażenie
o rzeczywistości. Nie można też uznać, że doszło do jakiegokolwiek niedbalstwa,
a z pewnością niedbalstwa rażącego.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz robót, który odpowiadał wzorowi przekazanemu przez Zamawiającego. Wzór ten to tabela o następującej treści: W tym miejscu w piśmie Przystępujący przedstawił wzór tabeli.
Wers drugi dotyczy doświadczenia w wykonaniu obiektu mostowego. Zamawiający wymagał zakreślenia odpowiednich rubryk, bez wpisywania np. szczegółowego zakresu wykonanych prac. Trudno uznać, że wypełnienie tabeli, której wzór został przygotowany przez Zamawiającego, jest przejawem niedbalstwa. Zamawiający nie wymagał podania dodatkowych informacji np. szczegółowego zakresu wykonywanych robót budowlanych polegających na budowie obiektu mostowego. Przystępujący przedłożył także referencje wystawione przez Generalnego Wykonawcę. W treści referencji potwierdza on, że wszystkie roboty budowlane wraz z pracami towarzyszącymi zostały wykonanie należycie. Podane zostały również parametry największego wykonanego obiektu inżynierskiego. Jak wynika z referencji ich wystawa nie miał wątpliwości, że: (1) były wykonywane roboty budowlane polegające m.in. na wykonaniu obiektu mostowego, (2) w ramach umowy został wykonany obiekt inżynierski o wskazanych cechach.
Odwołujący nie kwestionuje treści wykazu ani referencji.
W tym stanie rzeczy z zachowaniem staranności Przystępujący mógł przedstawić więc informacje Zamawiającemu, że wykonał roboty budowlane polegające na budowie obiektu mostowego o określonych parametrach. Twierdzenie takie odpowiada rzeczywistości, gdyż Wysowa Mosty wykonała główne i kluczowe roboty polegające na budowie obiektu mostowego, odpowiadała za najtrudniejsze technicznie elementy, koordynację prac i ponosiła odpowiedzialność za wady obiektu. Jednocześnie Zamawiający ograniczył treść składanego wykazu do kliku podstawowych informacji bez podawania szczegółów.
Wreszcie podnieść należy, że Wysowa Mosty w okresie ostatnich 5 lat wykonała więcej niż jeden obiekt mostowy spełniający wymagania warunku, w tym m.in.:
1) Inwestycja: Projekt i budowa obwodnicy Góry Kalwarii w ciągu drogi krajowej nr 79 długości około 5,1 km oraz w ciągu drogi krajowej nr 50 o długości 3,9 km
Wykonano: Wiadukt drogowy WDk-21:
– konstrukcja trzyprzęsłowa, wielobelkowa z belkami strunobetonowymi T18 i T21,
– długość całkowita: 67,20 m,
– rozpiętość przęseł: 19,0 m + 28,2 m +19,0 m,
– klasa obciążenia A;
2) Inwestycja: Budowa zachodniej obwodnicy Grodziska Mazowieckiego w ciągu drogi wojewódzkiej nr 579 odcinek od km 2+209,60 do km 9+560,51
Wykonano: Wiadukt drogowy WD-3:
– konstrukcja belkowa, 4 przęsłowa, stalowo-betonowa, zespolona,
– długość całkowita: 186,0 m,
– rozpiętość przęseł: 40,0 m +52,0 m +52,0 m +40,0 m,
– klasa obciążenia A.
Wykonawca nie ma więc żadnej motywacji do wprowadzenia Zamawiającego w błąd
– w portfolio posiada inne realizacje spełniające warunek udziału w postępowaniu.
II. Zarzut dotyczący Kierownika robot budowlanych:
W swz Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał dysponowanie osobą
do wykonywania funkcji Kierownika Budowy. Osoba taka powinna posiadać doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót podczas realizacji minimum: jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi
o długości 500 m. przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 6 miesięcy; jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej
o długości co najmniej 1000 m wraz z obiektem mostowym klasy A lub klasy I, przy czym czas pełnienia funkcji musi wynosić min. 12 miesięcy.
Przystępujący wskazał w wykazie osób p. M.C. jako spełniającego ten warunek. W zakresie dotyczącym tiret drugiego Przystępujący wykazał inwestycję „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane, na odcinku Rdzawka – Nowy Targ od ok 5+064,20 do km 21+200 długości 16,13km". Odwołujący nie kwestionuje cech inwestycji ani pełnionej przez p. M.C. funkcji kierownika robót drogowych. Zarzut został sformułowany w dość niezrozumiały sposób jakoby pan C. jedynie przyjął obowiązki kierownika robót drogowych, ale nie pełni i nie pełnił funkcji kierownika robót. Uzasadnieniem dla takiej tezy jest niedokonywanie wpisów do dziennika budowy. Ponownie Odwołujący uważa, że w związku z powyższym Przystępujący wprowadza zamawiającego w błąd, co powinno stanowić podstawę do wykluczenia. Z twierdzeniem tym Przystępujący się nie zgadza. Przede wszystkim sam Odwołujący wskazuje na to, że p. M.C. przyjął na wskazanej inwestycji obowiązki kierownika robót drogowych,

co udokumentował oświadczeniem. Przyjęcie tych obowiązków oznacza więc, że osoba zobowiązała się do wykonywania określonych działań związanych z pełnieniem samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Bez podania uzasadnienia prawnego i faktycznego Odwołujący uznaje, że brak wpisów do Dziennika budowy jest jednoznaczny z brakiem pełnienia określonej funkcji. Zgodnie z Prawem budowlanym za prowadzenie dziennika budowy odpowiada kierownik budowy (art. 47d) a nie kierownik robót. Kierownik robót jako uczestnik procesu budowlanego jest uprawniony (ale nie zobligowany) do dokonywania wpisów do dziennika budowy. Zgodnie z rozporządzeniem 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 (akt prawny obowiązujący w 2020 r.) imię i nazwisko kierownika robót powinno być wskazane
w Dzienniku budowy. Pan C. jest wskazany w Dzienniku budowy dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane, na odcinku Rdzawka – Nowy Targ od ok 5+064,20 do km 21+200 długości 16,13km, co zostało potwierdzone przez niego podpisem i datą – odpowiednio do przepisów obowiązującego w czasie zakładania Dziennika rozporządzenia.
[Załącznik nr 5 - Karta 01 z Dziennika budowy]
Antex II Sp. z o.o. jest podwykonawcą Generalnego Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. w zakresie wykonania robót drogowych. Pan M.C. kieruje pracami podwykonawcy, pełniąc funkcję kierownika robót drogowych. Antex II Sp. z o.o. realizuje te zadania w sposób prawidłowy bez potrzeby ingerencji ze strony inwestora lub generalnego wykonawcy, co wskazuje na to, że pan M.C. prawidłowo wykonuje obowiązki na niego nałożone. Pan M.C. m.in.:
1) brał udział w naradach, na dowód czego złożył klika przykładowych Protokołów z narad
z dnia 8 lipca 2021 r., 23 września 2021 r., 25 listopada 2021 r., 12 maja 2022 r., 30 czerwca 2022 r.
[Załączniki nr 6-10];
2) Uczestniczył w rozwiązaniu problemu szkody wyrządzonej przy realizacji prac
[Załącznik nr 11].
Fakt pełnienia funkcji kierownika robót drogowych przez pana M.C. jest potwierdzony przez Generalnego Wykonawcę oraz Inwestora, na dowód czego Przystępujący przedłożył ich oświadczenia.
[Załącznik nr 12 Oświadczenie Kierownika budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.]
[Załącznik nr 13 Oświadczenie Dyrektora Kontraktu budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.]
[Załącznik nr 14 Oświadczenie Kierownika Projektu (z ramienia Inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie)]
[Załącznik nr 14 Oświadczenie Dyrektora Kontraktu generalnego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług technicznych INTERCOR Sp. z o.o.]
W tym stanie rzeczy zarzut jakoby pan M.C. nie pełnił funkcji kierownika robót drogowych jest bezzasadny jako oparty na błędnym ustaleniu stanu faktycznego. Tym bardziej niezasadny jest zarzut dotyczący wprowadzenia Zamawiającego w błąd.
W związku z przedstawionymi faktami, dowodami i argumentacją Przystępujący wniósł
o oddalenie odwołania.
Do pisma procesowego Przystępujący załączył dowody: załącznik nr 1 - umowę z dnia 17.04.2020 r. wyciąg i Załącznik nr 1; załącznik nr 2 - rysunek obiektu mostowego MS1; załącznik nr 3 - rysunek obiektu mostowego MS1; załącznik nr 4 - opinię techniczną dr. hab. inż. M.M., Politechnika Gdańska; załącznik nr 5 - kartę 01 Dziennika budowy; załączniki nr 6-10 - protokoły narad; załącznik nr 11 - protokół szkody z dnia 30.09.2020 r.; załącznik nr 12 - oświadczenie Generalnego Wykonawcy kierownik budowy – Intercor; załącznik nr 13 - oświadczenie Generalnego Wykonawcy dyrektor kontraktu – Intercor; załącznik nr 14 - oświadczenie Inwestora – GDDKiA.

W dniu 25.08.2023 r. podczas rozprawy w szczególności:

1)Odwołujący złożył dowody na potwierdzenie faktów w odwołaniu:
a)Informację publiczną z dnia 07.08.2023 r. (O/OL.D-5.0130.106.4.2023.AJ),
b)Zlecenie wykonania świadczeń Nr 7010079483 (wyciąg) wraz z załącznikiem nr 1,
c)Wydruki ze strony internetowej GDDKiA – 5 str.,
d)Wydruk ze strony internetowej wysowamosty.pl/referencje/ - 2 str. wraz z:
- Referencjami z dnia 14.08.2019 r., IR-KP-5.092.1.2.2017,
- Listem referencyjnym z dnia 23.09.2019 r.,
- Umową nr 031/M/2D6T/2018,

- Umową nr 050/M/2D6T/2018,
-Fakturą VAT FVS/0010/03/19 z Protokołem nr 031/M/2D6T/2018/10
i Końcową tabelą elementów rozliczeniowych wykonanych robót,

-Fakturą VAT FVS/0005/04/19 z Oświadczeniem, Protokołem
nr 050/M/2D6T/2018/10 i Końcową tabelą elementów rozliczeniowych wykonanych robót,

- Końcowym rozliczeniem materiałów,

e)Przedstawienie graficzne wartości i zakresu robót w ramach rozbudowy
ul. A. Grygowej w Lublinie,
f)Wykaz robót budowlanych w ramach rozbudowy ul. A. Grygowej w Lublinie,
g)Informację publiczną z dnia 07.08.2023 r. (O/KR.D-4.0130.150.2023.1024.AO),
h)Informację publiczną z dnia 09.08.2023 r. (O/LU.Z-16.0130.1.2023)
i wniósł o pominięcie dowodu – opinii technicznej, złożonej przy piśmie procesowym Przystępującego jako opinii prywatnej;

2) Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii technicznej, złożonej przy piśmie procesowym Przystępującego jako że została wystawiona przez instytucję publiczną.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron i 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.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, jak również dowody zawnioskowane w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego, a także w dniu 25.08.2023 r. na rozprawie przez Odwołującego, przy czym dowody: opinię techniczną dr. hab. inż. M.M., Politechnika Gdańska i Przedstawienie graficzne wartości i zakresu robót w ramach rozbudowy ul. A. Grygowej w Lublinie Izba traktuje jako stanowisko procesowe odpowiednio Przystępującego i Odwołującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, w tym odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron, Przystępującego, złożone ustnie do protokołu.

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

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp
w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że w niniejszej sprawie zmaterializowały się wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy Pzp, ponieważ Konsorcjum ANTEX, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd oraz zataiło informacje, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a dotyczące rzeczywistego zakresu realizowanych przez Konsorcjum ANTEX robót budowlanych na inwestycji pn.: „Obwodnica Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”, oraz funkcji pełnionej przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji **Kierownika Budowy**,
co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania;
2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo
że Konsorcjum ANTEX nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 1.4.1lit. a) SWZ, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i

przejrzystości postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie,

3) art. 128 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4 podpunkt 1 lit a SWZ;

4)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo

że Konsorcjum ANTEX nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit b) ppkt 2) SWZ, co doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności

i przejrzystości postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX na tej podstawie,

5) art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do złożenia wyjaśnień/ wykazania pełnienia przez Pana M.C. funkcji **Kierownika robót** w ramach inwestycji pn.: „Zaprojektowanie

i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ

od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km." zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i/lub uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit. b) ppkt 2) SWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Spór dotyczył tego, czy Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Przystępującego wobec przedłożonych przez niego treści podmiotowych środków dowodowych - Wykazu robót budowlanych i Wykazu osób, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu - zdolności technicznej i zawodowej, określonych w SWZ w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy w pkt 1.4.1 lit a, zaś w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy w pkt 1.4.1 lit. b ppkt 2. Zdaniem Odwołującego Przystępujący przekazał Zamawiającemu podmiotowe środki dowodowe, których treść nie odpowiada stanowi faktycznemu: Wykaz robót budowlanych potwierdza wykonanie budowy obiektu mostowego, gdy tymczasem zdaniem Odwołującego wykonano jedynie część robót, a nie wykonano całości robót – w całości budowy referencyjnego obiektu mostowego; Wykaz osób potwierdza potencjał kadrowy – na stanowisko kierownika budowy wskazano w nim M.C., który posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót, gdy tymczasem zdaniem Odwołującego oświadczył on jedynie o przyjęciu obowiązków, a nie funkcji kierownika robót, i nie dokonywał następnie wpisów w dzienniku budowy, stąd nie mógł pełnić funkcji kierownika robót podczas wykonywania czynności

w ramach referencyjnej budowy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do powyższych twierdzeń Odwołującego, wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego w zakresie tego,

że Zamawiający dokonał badania i oceny ofert w postępowaniu zgodnie z przepisami obowiązującego prawa i nie został wprowadzony w błąd przez Przystępującego w zakresie wskazanym w odwołaniu, a zatem nie nie naruszył przepisów w zakresie obowiązku wykluczenia Przystępującego z postępowania, odrzucenia oferty Przystępującego, wezwania Przystępującego do wyjaśnień, uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, a zatem nie naruszył Zamawiający zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Odnośnie zarzutów odwołania, w tym ewentualnych, Izba uznała zarzuty

za niezasadne.

Izba szczegółowo zanalizowała okoliczności faktyczne i prawne w zakresie zarzutów odwołania, i w szczególności podnosi jak niżej.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka".

Zamawiający w toku badania najkorzystniejszej oferty przyznał 100 pkt Konsorcjum ANTEX, ponieważ wykonawca ten wykazał się najniższą ceną ofertową brutto, tj. na kwotę
169 246 417,48 zł oraz uzyskał maksymalną punktację w zakresie kryterium „okresu rękojmi
i gwarancji". W dniu 30.06.2023 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum ANTEX do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a w dniu 10.07.2023 r. Konsorcjum ANTEX przedstawiło żądane podmiotowe środki podmiotowe
na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 24.07.2023 r. wykonawcy Konsorcjum ANTEX.
Zamawiający w SWZ po zmianie treści w dniu 31.03.2023 r., w punkcie 1.4.1 lit. a określił następujące warunki udziału w postępowaniu, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej, które w zakresie doświadczenia zawodowego Wykonawcy przedstawiały się następująco: „1.4.1 Określenie warunków: a) Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej
i długości co najmniej 1000 m, i co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego lub klasy I minimum
3 przęsłowego. Zamawiający uzna, iż warunek powyższy zostanie spełniony w przypadku gdy Wykonawca wykaże, iż wykonywał powyższe roboty budowlane w ramach oddzielnych umów lub w ramach jednej umowy. Przez roboty budowlane wykonane należy rozumieć: 1) roboty budowlane rozpoczęte i zakończone w w/w okresie; 2) roboty budowlane zakończone w w/w okresie, których rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej niż w w/w okresie. Klasy dróg określone są w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1518, ze zm.). Przebudowę i budowę należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie
z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, ze zm.). Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz.1693 ze zm.). Klasa A obiektu określona na podstawie PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Klasa I obiektu określona na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1518, ze zm.). Zamawiający w SWZ po zmianie treści z dnia 31.03.2023 r., w punkcie 1.4.1 lit. b ppkt 2 określił następujące warunki udziału w postępowaniu, w odniesieniu do zdolności technicznej
lub zawodowej, które w zakresie potencjału kadrowego Wykonawcy przedstawiały się następująco: 2) Kierownik budowy – wymagania: a) musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, b) musi posiadać doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy
lub kierownika robót podczas realizacji minimum: - jednej roboty budowlanej polegającej
na przebudowie lub budowie drogi o długości 500m, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 6 miesięcy, - jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub budowie drogi klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1000 m wraz z obiektem mostowym klasy A lub klasy I, przy czym czas pełnienia funkcji musiał wynosić minimum 12 miesięcy, Zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia. Zamawiający dopuszcza połączenie wyżej wskazanych funkcji pod warunkiem spełnienia przez osobę łączącą te funkcje wszystkich warunków wymaganych
dla poszczególnych funkcji, z wyłączeniem Dyrektora Kontraktu. Za drogę Zamawiający uzna drogę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U.
z 2022 r. poz. 1693, ze zm.). Za obiekt mostowy Zamawiający uzna obiekt mostowy
w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1693, ze zm.). Klasa A obiektu określona na podstawie PN-85/S-10030 Obiekty mostowe. Obciążenia. Klasa I obiektu określona na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury
z dnia 24 czerwca 2022 r. w sprawie przepisów techniczno-budowlanych dotyczących dróg publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1518, ze zm.).
Przez uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia wydane zgodnie
z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane oraz przepisów ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r.

o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Funkcję kierownik budowy lub kierownik robót należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, ze zm.).
W Wykazie robót budowlanych, Konsorcjum ANTEX wskazało dwie realizacje, w tym
w wierszu nr 2 - „Obwodnicę Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15", realizowaną na rzecz Konsorcjum PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH. Konsorcjum ANTEX oświadczyło jednocześnie w treści wykazu, ż inwestycja była realizowana od lipca 2020 r.
do listopada 2021 r., i polegała na budowie obiektu mostowego MS-1 klasy A – 5-przęsłowego.
Dodatkowo, Konsorcjum ANTEX załączyło referencje z dnia 7 lipca 2023 r., wystawione przez Generalnego Wykonawcę, tj. PORR S.A. oraz PORR Bau GmbH, z których wynika poświadczenie, że firma Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnyc „Wysowa" sp. z o.o. sp.k.
z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym wykonała dla PORR roboty budowlane jako podwykonawca na podstawie umowy podwykonawczej nr 7010079483 z dnia 17 kwietnia 2020 r., przy czym wartość umowy wynosiła 5.088.978,40 zł netto.
W treści referencji wskazano, że zakres robót obejmował „wszystkie roboty budowlane wynikające z Umowy wraz z pracami prawidłowego wykonania przedmiotu Umowy".
Jako daty rozpoczęcia i zakończenia robót wskazano: od lipca 2020 r. do listopada 2021 r. Dokument został podpisany przez Kierownika Robót Mostowych – Pana D.S.,
oraz Dyrektora Kontraktu – Pana M.R..
Konsorcjum ANTEX załączyło do oferty Informację o przekształceniu z dnia 11 maja 2023 r., z którego wynika, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Wysowa" sp. z o.o. sp.k.
z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym przekształciła się z dniem 20 stycznia 2023 r.
w Partnera Konsorcjum, tj. Wysowa Mosty sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym.
W Wykazie Osób, Konsorcjum ANTEX na stanowisko Kierownika Budowy wskazał M.C., który posiada doświadczenie zawodowe, polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót podczas realizacji roboty budowlanej polegającej
na budowie drogi klasy GP (G lub wyższej) o długości 16,13 km (min. 1000m) wraz z obiektem mostowym klasy A. Konsorcjum ANTEX oświadczyło również, że czas pełnienia funkcji wynosił od 20.10.2020 r. do obecnie [ponad 32 mce] (minimum 12 miesięcy), przy czym jako jedną z dwóch robót referencyjnych Konsorcjum ANTEX wskazało zamówienie pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane
na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km.", realizowane dla zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Technicznych „INTERCOR"
Sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu (Inwestor: Skarb Państwa – GDDKiA).
W oświadczeniu M.C. z dnia 28.09.2020 r. potwierdzono przyjęcie obowiązków kierownika robót drogowych na wskazanej w wykazie osób inwestycji „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane, na odcinku Rdzawka – Nowy Targ od ok 5+064,20 do km 21+200 długości 16,13km".
W dzienniku budowy nr 3 z 2020 r., stanowiącym załącznik do pisma procesowego Przystępującego, w tabeli zatytułowanej „Kierownicy robót" Lp. 4 w kolumnie „Rodzaj robót" – wpisano : „drogowe", w kolumnie „Tytuł zawodowy, imię i nazwisko, adres" wpisano: „mgr inż. M.C. (…)", w kolumnie „Numer, specjalność i zakres rzeczowy uprawnień budowlanych" wpisano: „bez ograniczeń w spec. Drogowej LUB/BD/0248/13 do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w spec. Drogowej", w kolumnie „Data przyjęcia obowiązków" wpisano: „28.09.2020 r.", w kolumnie „Podpis" złożono podpis „C.".
W przedmiotowym dzienniku budowy najwcześniejszy wpis, co wynika z dowodu, złożył
inż. D.B. – Kierownik budowy w dniu 25.06.2020 r.
Jak wynika z dowodów i oświadczeń Zamawiającego M.C. brał udział
w naradach (protokoły z narad z dnia: 8 lipca 2021 r., 23 września 2021 r., 25 listopada
2021 r., 12 maja 2022 r., 30 czerwca 2022 r.), uczestniczył w rozwiązaniu problemu szkody wyrządzonej przy realizacji prac. Fakt pełnienia funkcji kierownika robót drogowych przez M.C. jest potwierdzony przez generalnego wykonawcę oraz inwestora,
na dowód tego Przystępujący przedłożył ich oświadczenia (oświadczenie Kierownika budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., oświadczenie Dyrektora Kontraktu budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o.oświadczenie Kierownika Projektu (z ramienia inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie).

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

Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania
i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: ANTEX II Sp. z o.o. z siedzibą w Lubyczy Królewskiej, WYSOWA MOSTY
Sp. z o.o. z siedzibą w Stanisławowie Pierwszym, dalej „Konsorcjum ANTEX", wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania warunku doświadczenia zawodowego wykonawcy: Z brzmienia warunku doświadczenia zawodowego wykonawcy w SWZ w pkt 1.4.1 lit a wynika, iż wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże w szczególności że, nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu mostowego klasy A minimum 3 przęsłowego lub klasy I minimum 3 przęsłowego. W treści warunku Zamawiający wskazał,
że budowę i przebudowę należy rozumieć zgodnie z prawem budowlanym. W formularzu „Wykaz doświadczenia", którego wypełnienia i załączenia do oferty wymagał Zamawiający
w SWZ, rozpisano roboty jako budowę i przebudowę. Przystępujący wypełnił formularz Wykazu doświadczenia zgodnie z wymaganiami, określonymi w SWZ. Odwołujący nie kwestionował, że w ramach referencji wykonano obiekt budowlany w rozumieniu prawa budowlanego, a kwestionował, że budowa nie została wykonana w pełnym zakresie prac jedynie przez wskazanego w nich wykonawcę.
Izba zauważa, że w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł, iż w ramach budowy wykonawca winien wykazać się wykonaniem wszystkich robót. W SWZ Zamawiający dopuścił za wystarczające legitymowanie się także przebudową obiektu mostowego. Zamawiający nie wskazał w warunku wykonania budowy jakie konkretne roboty
w zakresie budowy lub przebudowy wykonawca miałby wykonać, tak też wyjaśniał
w odpowiedzi na odwołanie. Zatem biorąc pod uwagę treść warunku doświadczenia zawodowego wykonawcy w SWZ w pkt 1.4.1 lit a należy stwierdzić, że Zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego wykonawcy chociażby w części robót. Trudno przyjąć w ocenie Izby, że Zamawiającemu chodziło w warunku o całościowe wykonanie budowy obiektu mostowego (wszystkich robót), biorąc pod uwagę, że w takim przedsięwzięciu występuje konieczność wykonania wyspecjalizowanych prac, o których wspominał na rozprawie Przystępujący (palowanie pod podpory), czy też dostawa materiałów niezbędnych do budowy, podczas gdy istotą wykazania się doświadczeniem w budowie obiektu mostowego jest wykazanie doświadczenia w wykonaniu kluczowych dla budowy obiektu mostowego robót – te wykonawca wykonał, co wynika z załącznika nr 1 do umowy zlecenia wykonania świadczeń nr 7010079483, szczegółowego wyjaśnienia w piśmie procesowym Przystępującego
i na rozprawie w dniu 25.08.2023 r. (wykonawca nie wykonał w ramach umowy – zlecenie wykonania świadczeń nr 7010079483 - barier, palowania pod podpory, niektórych elementów sprzężenia, przy czym Przystępujący wskazał, że wykonawca nie wykonał tych elementów, ponieważ nie wchodziły w zakres umowy), którym to twierdzeniom o wykonaniu i niewykonaniu poszczególnych konkretnych robót nie zaprzeczył Odwołujący. Ponadto Odwołujący sam składając jako dowód umowę (zlecenie wykonania świadczeń
nr 7010079483) wskazał na przedmiot umowy, który wykonał wykonawca referencyjnego zamówienia – kluczowe elementy budowy obiektu mostowego. Zarzuty odwołania Odwołujący osadził na twierdzeniu, że wykonawca wykonał jedynie roboty ciesielsko-zbrojarskie, a inne roboty wykonały inne podmioty, co wynikało z dowodów - ze zrzutów stron internetowych GDDKiA. Należy zauważyć, że samo określenie nazwy robót w umowie zleceniu nie przesądza, że wykonane zostały jedynie roboty ciesielsko-zbrojarskie, przeciwnie już
z załącznika nr 1 do umowy zlecenia wykonania świadczeń nr 7010079483 wynika, iż nie tylko roboty ciesielsko-zbrojarskie zostały wykonane przez wykonawcę. Przystępujący w piśmie procesowym, czemu nie przeczył Odwołujący, wskazał, że wykonawca wykonał: całkowitą konstrukcję obiektu mostowego wraz z niektórymi robotami polegającymi na montażu wyposażenia - w zakres prac wchodziły: wykonanie betonów podkładowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ław fundamentowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania filarów słupowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania przyczółków mostowych wraz z montażem taśm dylatacyjnych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ciosów podłożyskowych (elementy wykonywane w II etapie po wykonaniu ustroju nośnego); wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania ustroju nośnego metodą nasuwania podłużnego; montaż rur osłonowych, zakotwień czynnych i biernych, kształtek „diabolo" systemu sprężania ustroju nośnego; wykonanie zbrojenia, deskowania
i betonowania płyt przejściowych; wykonanie zbrojenia, deskowania i betonowania kap chodnikowych; montaż krawężników wraz z uszczelnieniem przerw materiałem trwaleplastycznym; montaż desek gzymsowych wraz z uszczelnieniem przerw materiałem trwaleplastycznym; montaż wpustów i sączków systemu odwodnienia wraz
z przeprowadzeniem rur odwodnieniowych przez ustrój nośny; montaż kotew talerzowych łączących ustrój nośny z kapami chodnikowymi; wykonanie izolacji powłokowej cienkiej

na zimno elementów żelbetowych; przygotowanie i zabetonowanie wnęki dylatacyjnej
po montażu dylatacji modułowych; dodatkowo w związku z zastosowaną technologią nasuwki: przygotowanie stanowiska do nasuwania podłużnego obiektu w zakresie wykonania belek ślizgowych oraz montażu rusztu stalowego i deskowania ustroju nośnego; montaż technologii do nasuwania podłużnego (siłowniki wypychające typu Eberspracher, łożyska tymczasowe
na podporach oraz prowadzenia boczne); pełna obsługa nasuwania podłużnego (w zakresie pracy „maszynek" do nasuwania oraz łożysk tymczasowych i prowadzeń bocznych); demontaż stanowiska do nasuwania podłużnego oraz elementów nasuwania podłużnego. Powyższy zakres prac uznać zatem należało w ocenie Izby jako wykonywanie robót budowlanych, polegających na budowie obiektu mostowego. W wyniku wykonania prac przez wykonawcę powstała pełna konstrukcja obiektu mostowego wraz z niektórymi elementami wyposażenia. Następnie należy zauważyć, przechodząc do analizy treści referencji z dnia
7 lipca 2023 r., że Izba nie dopatrzyła się wprowadzających w błąd informacji, przeciwnie poświadczenie wykonania robót budowlanych wprost odnosi się do umowy powykonawczej
nr 7010079483 z dnia 17.04.2020 r. o wartości 5 088 978,40 zł netto, w ramach której wykonawca wykonał wszystkie roboty budowlane wynikające z tej umowy, a data rozpoczęcia robót to lipiec 2020 r., zaś zakończenia robót to listopad 2021 r. W referencjach przejrzyście zawarto informację, że wykonawca tych robót występował jako podwykonawca Konsorcjum PORR SA z siedzibą w Warszawie i PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, a umowa podwykonawcza została zawarta z uwagi na wykonywanie zadania inwestycyjnego
pn. „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15", przy czym wartość robót mostowych (obiekt MS-1) na zrealizowanym obiekcie wyniosła 15 123 092,00 zł netto. Natomiast w wykazie robót budowlanych (na formularzu w SWZ), w pkt 2, Przystępujący wskazał miejsce wykonania roboty budowlanej - Obwodnica Nowego Miasta Lubawskiego
w ciągu drogi krajowej nr 15; podmioty na rzecz których roboty zostały wykonane - Konsorcjum: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, 2. PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu, Absberggasse 47, 1100 Wiedeń, Austria, Zamawiający/Inwestor: Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn; rodzaj – (opis i zakres robót budowlanych zawierający co najmniej dane niezbędne do potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w rozdz. VI 1.4.1.a) SWZ) - Robota budowlana polegająca na budowie obiektu mostowego MS-1 klasy A - 5 przęsłowego (minimum 3 przęsłowego) w ramach zamówienia pn.: „Budowa obwodnicy Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15"; daty wykonania – rozpoczęcia i zakończenia realizacji robót budowlanych - VII 2020 -XI 2021. Wykaz robót budowlanych i referencje są dokumentami nawzajem się uzupełniającymi.
Na podstawie tych dwóch dokumentów (wykazu robót i referencji) nie ma wątpliwości zdaniem Izby co do zakresu wykonanego zamówienia – jest nim budowa obiektu mostowego MS-1 klasy A - 5 przęsłowego (minimum 3 przęsłowego), przy czym o wartości robót budowlanych w ramach umowy podwykonawczej na około 5 000 000 zł. Należy zauważyć, że informacja
o wartości tych robót budowlanych w ramach budowy obiektu mostowego uzupełnia informacje wskazane w wykazie robót budowlanych w zakresie podwykonawstwa. W postępowaniu odwoławczym Odwołujący złożył jako dowód umowę – zlecenie wykonania świadczeń
nr 7010079483, która potwierdza i nie przeczy w ocenie Izby informacjom przekazanym
w podmiotowych środkach dowodowych (wykazowi robót i referencjom). Przystępujący wykonał wszystkie roboty budowlane wynikające z umowy z nim zawartej, a nie w ramach całej inwestycji. Pozostałe roboty wykonały inne podmioty, którym zostały zlecone. Niewątpliwie zdaniem Izby wykonawca wykonał kluczowe w inwestycji roboty budowlane, składające się na budowę obiektu mostowego. Dowód Odwołującego – informacja publiczna z 7.08.2023 r. także potwierdza wbrew twierdzeniom Odwołującego o wykonywaniu jedynie robót ciesielsko-zbrojarskich, że na obiekcie MS-1 PRI WYSOWA Sp. z o.o. Sp. k wykonywała między innymi roboty ciesielskie i zbrojarskie, a zatem wykonywała również inne roboty,
co koresponduje z dowodem Odwołującego – załącznikiem nr 1 do umowy zlecenia wykonania świadczeń nr 7010079483.
Odnosząc się do zarzutów odwołania w zakresie zaniechania wykluczenia z postępowania
i odrzucenia oferty Konsorcjum ANTEX wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do warunku potencjału kadrowego wykonawcy: Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że M.C. nie pełnił funkcji kierownika robót z uwagi na brak wpisów w dzienniku budowy.
W pierwszej kolejności należy podnieść, że M.C. oświadczeniem z dnia 28.09.2020 r. potwierdził przyjęcie obowiązków kierownika robót drogowych na wskazanej
w wykazie osób inwestycji „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane, na odcinku Rdzawka

– Nowy Targ od ok 5+064,20 do km 21+200 długości 16,13km” (dowód złożony przez Odwołującego jako załącznik do odwołania). Następnie wskazać należy na to, że w dzienniku budowy nr 3 z 2020 r., stanowiącym załącznik do pisma procesowego Przystępującego, w tabeli zatytułowanej „Kierownicy robót” Lp. 4, M.C. przyjął obowiązki kierownika robót drogowych i poświadczył powyższe podpisem
- na podstawie § 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 963) na pierwszej stronie dziennika budowy inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę (firmę) wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy i robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków. W przedmiotowym dzienniku budowy najwcześniejszy wpis, jak już wyżej wskazano, złożył inż. D.B. – Kierownik budowy w dniu 25.06.2020 r., a zatem
na podstawie przepisów przejściowych należało stosować przepisy dotychczasowe
w zakresie dziennika budowy i zastosowanie miały w szczególności przepisy
§ 6 ust. 1 i 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 963) (obowiązujące do 18.09.2021 r.; 19.09.2021 r. uchylone na podstawie art. 38 pkt 2 ustawy
z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 471, z późn. zm.) w zw. z art. 30 tejże ustawy. Wpis w dzienniku budowy
o przyjęciu obowiązków kierownika robót stanowi tym samym, że przyjęte zostało również wykonywanie funkcji kierownika robót. Odwołujący nie udowodnił, iż przyjęcie obowiązków kierownika robót to czynność odrębna od czynności przyjęcia funkcji kierownika robót,
nie wskazał na poparcie takiego stanowiska żadnych dowodów. Ponadto, jak wynika
z dowodów i oświadczeń Zamawiającego M.C. wykonując funkcję kierownika robót brał udział w naradach (protokoły z narad z dnia 8 lipca 2021 r., 23 września 2021 r.,
25 listopada 2021 r., 12 maja 2022 r., 30 czerwca 2022 r.), uczestniczył w rozwiązaniu problemu szkody wyrządzonej przy realizacji prac. Fakt pełnienia funkcji kierownika robót drogowych przez M.C. jest potwierdzony przez generalnego wykonawcę oraz inwestora, na dowód tego Przystępujący przedłożył ich oświadczenia (oświadczenie Kierownika budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., oświadczenie Dyrektora Kontraktu budowy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Sp. z o.o., oświadczenie Kierownika Projektu - z ramienia Inwestora - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie). Ponadto jak wynika z wyżej wymienionych oświadczeń nastąpiło zgłoszenie do Wojewódzkiego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego M.C. jako kierownika robót i stąd także wynika jego odpowiedzialność
za pełnioną funkcję kierownika robót - Odwołujący nie zaprzeczył faktowi tego zgłoszenia.
W ocenie Izby, wbrew temu co twierdził Odwołujący, nie zostały przedstawione Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, oraz nie zostały zatajone informacje, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, a dotyczące rzeczywistego zakresu realizowanych robót budowlanych na inwestycji pn.: „Obwodnica Nowego Miasta Lubawskiego w ciągu drogi krajowej nr 15”, oraz funkcji pełnionej przez osobę wskazaną
do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, a zatem nie miało miejsca doprowadzenie
do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Z wykazu robót budowlanych i wykazu osób wynikało spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu: doświadczenia zawodowego wykonawcy i potencjału kadrowego wykonawcy, zaś
w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący nie spełnił powyższych warunków, co miało wynikać, a w ocenie Izby nie wynikało, z przedłożonych przez Odwołującego dowodów, w szczególności umowy zlecenia wykonania świadczeń
nr 7010079483 i załącznika nr 1 do niej (warunek doświadczenia zawodowego wykonawcy), jak i oświadczeń tak M.C., jak referencji i informacji publicznej (warunek potencjału kadrowego wykonawcy). W konsekwencji powyższego Zamawiający nie miał obowiązku wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp
z postępowania (nie zaistniały bowiem przesłanki jego zastosowania), a także odrzucenia jego oferty.
Odnosząc się do zarzutów ewentualnych odwołania, w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 128 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp
w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.2.4 podpunkt 1 lit a) SWZ, a także nie dopuścił się naruszenia art. 128 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANTEX do złożenia wyjaśnień/ wykazania pełnienia przez Pana M.C. funkcji Kierownika robót w

ramach inwestycji pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi krajowej nr 47 Rabka Zdrój – Zakopane na odc. Rdzawka – Nowy Targ od ok. 5+064,20 do km 21+200 długości ok. 16,13 km.” zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i/lub uzupełnienia innego (nowego) zadania na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 1.4.1 lit. b) ppkt 2) SWZ. Skoro bowiem w oparciu o dokumenty, którymi dysponował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający uznał, że Konsorcjum ANTEX spełnia warunki udziału
w postępowaniu i w ocenie Izby zasadnie nie miał w tym zakresie wątpliwości, to nie był zobligowany w oparciu o przepisy ustawy Pzp do wezwania do wyjaśnienia, czy też uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego jako ewentualne, należy uznać za bezzasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy
ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania
oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U.). Wobec oddalenia odwołania w całości koszty ponosi odwołujący. W związku z tym, iż strony na rozprawie
w dniu 25.08.2023 r. nie wniosły o zasądzenie uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego, Izba nie zasądziła takich kosztów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……